

# **„Ermittlung der Entschädigung bei Bauablaufstörungen“**

Von der  
Fakultät Architektur, Bauingenieurwesen und Umweltwissenschaften  
der Technischen Universität Carolo-Wilhelmina  
zu Braunschweig

zur Erlangung des Grades eines  
**Doktor-Ingenieurs (Dr.-Ing.)**  
genehmigte

## **Dissertation**

von  
Dipl.-Ing. Axel Freiboth  
aus Göttingen

Eingereicht am:	19.09.2006
Mündliche Prüfung am:	06.12.2006
Berichterstatter:	Univ.-Prof. Dr.-Ing. R. Wanninger Univ.-Prof. Dr.-Ing. G. Iwan

2006



## **Vorwort des Verfassers**

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb der Technischen Universität Braunschweig.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr.-Ing. Rainer Wanninger, der mich zur Bearbeitung des Themas ermutigte, stets für anregende und kritische Diskussionen zur Verfügung stand und dadurch das Gelingen dieser Arbeit maßgeblich förderte.

Ich danke darüber hinaus Herrn Prof. Dr.-Ing. Gerhard Iwan für die Übernahme des Zweitberichts, Herrn Prof. Dr. jur. Klaus Köhler für seine Mitwirkung in der Prüfungskommission sowie Herrn Prof. Dr.-Ing. Joachim Stahlmann für die Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission.

Danken möchte ich auch meinen Kollegen am Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb für die freundschaftliche Arbeitsatmosphäre sowie insbesondere Herrn Dr.-Ing. Frank Kumlehn für zahlreiche Anregungen, die sich durch lebhaftes Diskussionen ergeben haben.

Meiner Frau Sandra und meinen Eltern danke ich dafür, dass sie meinen bisherigen beruflichen Lebensweg jederzeit uneingeschränkt und unermüdlich unterstützt und die Promotion somit erst ermöglicht haben.

Braunschweig, im Dezember 2006

Axel Freiboth



## Abstract

Construction projects are often impacted by project delays and are, therefore, completed later than planned. The additional costs resulting from these delays regularly cause conflicts between the contract parties. If the owner is responsible for the project delay the contractor can claim the additional costs. The basis of his claim depends on the cause of the project delay. Under the condition that the terms of the VOB/B are laid down in the contract, the contractor can claim a reimbursement (“Vergütung”, § 2 VOB/B), a compensation for damage (“Schadensersatz”, § 6 VOB/B) or an indemnification (“Entschädigung”, § 642 BGB).

The aim of this thesis is to develop a coherent and systematic calculation method for the indemnification, which does not exist so far. Thus, the focus of this work lies on the basis of the indemnification and on the calculation method for the indemnification amount. Both, the basis of the claim and the calculation method, are compared to those for a reimbursement and a compensation for damage, as the indemnification claim is an alternative to the compensation-for-damage claim, but its calculation depends on the basis of the pricing (“Preisermittlungsgrundlage”) as a reimbursement does. Therefore, the preconditions and the legal consequences of the three different bases of claims are presented and the theoretical calculation of the claim amount is explained in detail.

Subsequently, some problems which occur at practical application of the calculation method for the indemnification are demonstrated by means of a simple application example split into three scenarios. With this, it is clearly pointed out, that the level of detail of the basis of pricing is crucial to support the claim, because the calculation of the additional costs for each activity and resource refers to the basis of pricing as for a reimbursement. Additionally, for the calculation of an indemnification, saved expenditures (“ersparte Aufwendungen”) and alternative earnings (“anderweitiger Erwerb”) have to be accounted for. Using the application example, it is shown that this leads to further problems, too, because the calculation method for a reimbursement can not simply be transferred to the indemnification.

Considering not only the legal regulations, but also the problems derived from the application example, a coherent and systematic step-by-step calculation method for an indemnification claim including detailed instructions is proposed. The main points of this method are the investigation of the effects of the project delay on each activity and resource of the construction process, the provision of a detailed basis of pricing including information concerning the overhead and the resource planning and the calculation of the additional costs, the saved expenditures and the alternative earnings of each activity and resource affected by the project delay. Finally, this procedure assures that the indemnification amount is adequate, verifiable and coherent.

## Inhaltsverzeichnis

Seite

Abbildungsverzeichnis.....	V
Tabellenverzeichnis .....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
<b>1 Einleitung.....</b>	<b>1</b>
1.1 Problemstellung.....	1
1.2 Zielsetzung .....	2
1.3 Vorgehensweise.....	3
<b>2 Anspruchsgrundlagen für Mehrkostenansprüche infolge von Bauablaufstörungen.....</b>	<b>5</b>
2.1 Ursachen und Auswirkungen von Bauablaufstörungen .....	5
2.1.1 Begriffliche Abgrenzung.....	5
2.1.2 Auswirkungen .....	6
2.1.3 Ursachen und Anspruchsgrundlagen .....	7
2.2 Vergütung gemäß § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B.....	9
2.2.1 Anordnungen des Auftraggebers .....	10
2.2.2 Ankündigung des Vergütungsanspruchs.....	12
2.2.3 Umfang des Vergütungsanspruchs.....	13
2.3 Schadensersatz gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B.....	14
2.3.1 Verschulden des Auftraggebers an einer Behinderung.....	15
2.3.2 Anzeige der Behinderung.....	15
2.3.3 Adäquat-kausaler Schadensnachweis .....	17
2.3.4 Umfang des Schadensersatzanspruchs.....	19
2.4 Entschädigung gemäß § 642 BGB .....	20
2.4.1 Mitwirkungshandlung des Auftraggebers .....	22
2.4.2 Annahmeverzug .....	23
2.4.3 Behinderungsanzeige .....	24
2.4.4 Umfang der Entschädigung.....	25
2.5 Wahlmöglichkeit der Anspruchsgrundlage .....	26
2.6 Gegenüberstellung der Anspruchsgrundlagen.....	30
<b>3 Ermittlung und Nachweis der Höhe von Mehrkostenansprüchen.....</b>	<b>32</b>
3.1 Bestimmung einer Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen.....	32
3.1.1 Vorgehensweise bei der Berechnung des Preises für eine modifizierte Leistung.....	33
3.1.2 Zusammensetzung der geänderten oder zusätzlichen Vergütung .....	36
3.1.3 Nachweis des Vergütungsanspruchs .....	38
3.2 Nachweis der Höhe eines Schadens .....	40
3.2.1 Grundsätze der Schadensersatzberechnung .....	41
3.2.2 Erläuterung der Differenztheorie .....	42

3.2.3	Ermittlung des entstandenen Schadens.....	44
3.2.3.1	Schadensauswirkungen.....	44
3.2.3.2	Bestimmung der Mehrkosten anhand einzelner Kostenarten .....	46
3.2.3.3	Möglichkeiten der Schadensschätzung.....	48
3.2.4	Anforderungen an die Dokumentation des Schadens.....	49
3.3	Ermittlung der Höhe einer angemessenen Entschädigung.....	51
3.3.1	Bestimmung der Dauer des Verzugs .....	52
3.3.2	Vereinbarte Vergütung als Bewertungsmaßstab .....	53
3.3.2.1	Systematik der Entschädigungsberechnung.....	54
3.3.2.2	Mehrkosten infolge Stillstands der Produktionsmittel.....	55
3.3.2.3	Zusätzliche Kosten infolge der Bauablaufstörung.....	57
3.3.2.4	Sachverständigenkosten.....	58
3.3.2.5	Verpflichtung zur Geringhaltung des Entschädigungsanspruchs .....	59
3.3.3	Ersparte Aufwendungen .....	60
3.3.3.1	Parallelen und Unterschiede zur Abrechnung nach einer Kündigung .....	60
3.3.3.2	Darlegungs- und Beweislast .....	61
3.3.3.3	Berechnungsgrundlage ersparter Aufwendungen.....	61
3.3.3.4	Ersparnis einzelner Kostenarten .....	63
3.3.4	Anderweitiger Erwerb .....	64
3.3.4.1	Identifizierung der anderweitigen Verwendung .....	65
3.3.4.2	Bewertung des anderweitigen Erwerbs.....	66
3.3.5	Angemessenheit des Entschädigungsanspruchs .....	68
3.4	Gegenüberstellung der Entschädigungs-, Vergütungs- und Schadensermittlung .....	69
<b>4</b>	<b>Probleme der Entschädigungsberechnung bei der praktischen Anwendung.....</b>	<b>72</b>
4.1	Geplanter Bauablauf einer fiktiven Baumaßnahme .....	72
4.1.1	Soll-Terminplanung.....	73
4.1.2	Kapazitätsplanung .....	74
4.1.3	Preisermittlung .....	75
4.1.3.1	Bestimmung der Preisermittlungsgrundlage.....	75
4.1.3.2	Preisermittlung für die geplanten Krankapazitäten .....	79
4.2	Szenario 1: Unterbrechung des Bauablaufs .....	82
4.2.1	Tatsächlicher Bauablauf.....	82
4.2.2	Zeitliche Auswirkungen der Störung.....	83
4.2.3	Maßgeblicher Zeitpunkt für die Behinderungsanzeige .....	84
4.2.4	Abgrenzung von konkretem Nachweis und Schätzung.....	85
4.2.5	Detaillierungsgrad des Nachweises .....	86
4.2.6	Bezug zur vereinbarten Vergütung.....	87
4.2.7	Ersparte Aufwendungen .....	88
4.2.8	Ergebnisse für Szenario 1 .....	89
4.3	Szenario 2: Unterbrechung des Bauablaufs, geänderte Krankapazitäten .....	91
4.3.1	Tatsächlicher Bauablauf.....	91
4.3.2	Zeitliche Auswirkungen der Störung.....	93
4.3.3	Bauablaufbezogene Untersuchung des tatsächlichen Baugeschehens .....	94

---

4.3.4	Bezug zur vereinbarten Vergütung bei geändertem Kapazitätseinsatz.....	94
4.3.4.1	Maßgebendes Preisniveau .....	95
4.3.4.2	Anpassung an das vertragliche Preisniveau .....	98
4.3.5	Ersparte Aufwendungen.....	99
4.3.6	Ergebnisse für Szenario 2 .....	101
4.4	Szenario 3: Unterbrechung des Bauablaufs, geänderte Krankapazitäten, anderweitiger Erwerb möglich .....	103
4.4.1	Tatsächlicher Bauablauf.....	103
4.4.2	Zeitliche Auswirkungen der Störung .....	104
4.4.3	Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers .....	105
4.4.4	Identifizierung und Nachweis anderweitigen Erwerbs .....	106
4.4.5	Anzusetzender Zeitraum für den anderweitigen Erwerb .....	109
4.4.6	Ermittlung der Höhe anderweitigen Erwerbs.....	110
4.4.6.1	Bewertungsbasis.....	110
4.4.6.2	Produktivitätsminderungen und zusätzliche Kosten .....	112
4.4.7	Risiko der anderweitigen Bindung von Kapazitäten.....	114
4.4.8	Ergebnisse für Szenario 3 .....	114
4.5	Berücksichtigung Allgemeiner Geschäftskosten bei der Entschädigung.....	117
4.5.1	Zusammensetzung und Kalkulation Allgemeiner Geschäftskosten.....	117
4.5.2	Erstattungsanspruch .....	119
4.5.3	Probleme bei der Berechnung zu entschädigender Allgemeiner Geschäftskosten .....	120
4.5.3.1	Prozentuale Bezuschlagung der Mehrkosten .....	121
4.5.3.2	Berechnung zeitabhängiger Deckungsbeiträge .....	123
4.5.3.3	Kalkulatorische Bewertung der tatsächlichen Beanspruchung des Gemeinkostenapparats .....	125
4.6	Zusammenfassung der Ergebnisse .....	128
<b>5</b>	<b>Systematischer Entschädigungsnachweis .....</b>	<b>131</b>
5.1	Zusammenstellung grundlegender Anforderungen .....	131
5.1.1	Nachweis des Anspruchs .....	131
5.1.2	Anforderungen an die Preisermittlungsgrundlage .....	132
5.2	Schrittweise Berechnung des angemessenen Anspruchs .....	134
5.2.1	Identifikation betroffener Leistungen und Kapazitäten (1. Schritt).....	135
5.2.2	Bereitstellung der Preisermittlungsgrundlage (2. Schritt).....	136
5.2.3	Bestimmung der Dauer des Verzugs (3. Schritt) .....	137
5.2.4	Störungsbedingte Mehrkosten (4. Schritt) .....	138
5.2.5	Ersparte Aufwendungen (5. Schritt) .....	138
5.2.6	Anderweitiger Erwerb (6. Schritt) .....	139
5.2.7	Deckung Allgemeiner Geschäftskosten (7. Schritt).....	140
5.2.8	Feststellung der angemessenen Entschädigung (8. Schritt).....	142
5.3	Vergleich des Entschädigungsanspruchs mit dem Schadensersatzanspruch.....	144
<b>6</b>	<b>Zusammenfassung.....</b>	<b>148</b>
	<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>152</b>



## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Zuordnung der Ursachen von Bauablaufstörungen zu den Vertragsparteien und Anspruchsgrundlagen .....	8
Abbildung 2:	Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität beim Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B .....	18
Abbildung 3:	Anspruchsgrundlagen für die Ermittlung von Mehrkostenansprüchen hinsichtlich des hindernden Umstands und der Berechnungsgrundlagen .....	28
Abbildung 4:	Kosten- und Preisermittlung für geänderte oder zusätzliche Leistungen (beim Einheitspreisvertrag) .....	34
Abbildung 5:	Definition des Schadens nach der Differenztheorie .....	42
Abbildung 6:	Vertragsverhältnisse des Bewertungsbeispiels .....	73
Abbildung 7:	Geplanter Bauablauf zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Soll-Terminplan) .....	74
Abbildung 8:	Interne Kapazitätsplanung für den geplanten Bauablauf (Soll-Kapazitätsplan) .....	75
Abbildung 9:	Bezuschlagung nach EFB-Preis 1b bei der Kalkulation über die Angebotsendsumme .....	79
Abbildung 10:	Preisermittlung für die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geplanten Krankkapazitäten .....	81
Abbildung 11:	Tatsächliche Termine und Kapazitäten (Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 1 .....	82
Abbildung 12:	Gegenüberstellung der geplanten und tatsächlichen Termine und Kapazitäten (Soll/Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 1 .....	83
Abbildung 13:	Tatsächliche Termine und Kapazitäten (Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 2 .....	93
Abbildung 14:	Gegenüberstellung der geplanten und tatsächlichen Termine und Kapazitäten (Soll/Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 2 .....	93
Abbildung 15:	Kostenverlauf für die geplanten und die tatsächlich eingesetzten Krankkapazitäten .....	96
Abbildung 16:	Tatsächliche Termine und Kapazitäten (Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 3 .....	104
Abbildung 17:	Gegenüberstellung der geplanten und tatsächlichen Termine und Kapazitäten (Soll/Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 3 .....	105
Abbildung 18:	Deckungslücke Allgemeiner Geschäftskosten bei Verlängerung der Bauzeit .....	120

Abbildung 19:	Ganglinie der Bauleistung und der Deckung Allgemeiner Geschäftskosten über die Bauzeit.....	125
Abbildung 20:	Ganglinie der Bauleistung sowie der Deckung und Entstehung Allgemeiner Geschäftskosten über die Bauzeit.....	127

## Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Anspruchsgrundlage, Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Vergütungsanspruchs gemäß § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B.....	10
Tabelle 2:	Anspruchsgrundlage, Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B .....	14
Tabelle 3:	Anspruchsgrundlage, Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Entschädigungsanspruchs gemäß § 642 BGB.....	21
Tabelle 4:	Anspruchsgrundlagen, Anspruchsvoraussetzungen und Grundlagen für die Geltendmachung von Mehrkostenansprüchen infolge von Bauablaufstörungen.....	31
Tabelle 5:	Typische Schadensauswirkungen der Folgen von Behinderungen .....	45
Tabelle 6:	Berechnung der Ansprüche für Vergütung, Schadensersatz und Entschädigung .....	70
Tabelle 7:	Entschädigung der direkten Mehrkosten für die Krankkapazitäten (Szenario 1) .....	90
Tabelle 8:	Wirtschaftlichkeitsvergleich für die Umdisposition der Krankkapazitäten.....	92
Tabelle 9:	Anpassung der Kostenansätze des tatsächlichen Kapazitätseinsatzes an das Vertragspreisniveau .....	99
Tabelle 10:	Entschädigung der direkten Mehrkosten für die Krankkapazitäten (Szenario 1 und 2) .....	102
Tabelle 11:	Entschädigung der direkten Mehrkosten für die Krankkapazitäten (Szenario 1, 2 und 3) .....	116
Tabelle 12:	Entschädigungsanspruch für Szenario 3 bei umsatzbezogener Berechnung der zu entschädigenden Allgemeinen Geschäftskosten .....	122
Tabelle 13:	Schrittweise Berechnung eines Entschädigungsanspruchs .....	135

**Abkürzungsverzeichnis**

Abs.	Absatz
Abschr.	Abschreibung
AG	Auftraggeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGK	Allgemeine Geschäftskosten
AN	Auftragnehmer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGK	Baustellengemeinkosten
BGL	Baugeräteliste
DIN	Deutsches Institut für Normung
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EFB-Preis	Einheitsformblatt-Preis
EH-Preis	Einheitspreis (gilt nur im EFB-Preis 1b)
Fn.	Fußnote
Gew.	Gewicht
h	Stunde
hyp.	Hypothetisch
KW	Kalenderwoche
kWh	Kilowattstunde
NEC	New Engineering Contract
NU	Nachunternehmer
OLG	Oberlandesgericht
ÖNORM	Österreichische Norm
Rdn.	Randnummer
t	Tonne
TDK	Turmdrehkran
VHB	Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
VOB/C	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil C
ZPO	Zivilprozessordnung





# 1 Einleitung

## 1.1 Problemstellung

Bei der Realisierung von Bauvorhaben kommt es durch Abweichungen von der geplanten Bauausführung oder Verzögerungen der Leistungserbringung nahezu immer zu Bauablaufstörungen. Die negativen Folgen von Bauablaufstörungen können sowohl in zeitlicher als auch in finanzieller Hinsicht beträchtliche Ausmaße annehmen und stellen dadurch eine nicht zu unterschätzende Gefahr für den wirtschaftlichen Erfolg einer Baumaßnahme dar. Die Durchsetzung berechtigter Mehrkostenerstattungsansprüche infolge einer auftraggeberseitig zu verantwortenden Bauablaufstörung kann für den Auftragnehmer von existentieller Bedeutung sein.

Dem Auftragnehmer stehen, die vertragliche Vereinbarung der VOB/B vorausgesetzt, für Mehrkostenerstattungsansprüche infolge gestörter Bauabläufe unterschiedliche Anspruchsgrundlagen zur Verfügung. Nach § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B steht dem Auftragnehmer ein Vergütungsanspruch für geänderte bzw. zusätzliche Leistungen zu. Gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B kann der Auftragnehmer Schadensersatz infolge Behinderung und Unterbrechung der Ausführung geltend machen. Schließlich kommt als weitere Anspruchsgrundlage eine Entschädigung infolge unterlassener Mitwirkungshandlung nach § 642 BGB in Betracht. Je nach Anspruchsgrundlage unterscheiden sich die zu beachtenden Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen deutlich und sind bereits bei Eintritt des störenden Ereignisses zu beachten. Auftragnehmer gehen hierbei allerdings häufig nicht rechtssicher vor, so dass Ansprüche oftmals bereits dem Grunde nach scheitern.

Durch die Möglichkeit eines Entschädigungsanspruchs steht einerseits überhaupt erst eine Anspruchsgrundlage für Verzögerungen durch unterlassene oder verspätete Vorunternehmerleistungen zur Verfügung. Andererseits wird der Entschädigungsanspruch insbesondere als Alternative zum Schadensersatzanspruch gesehen, da die Wahrung der Anspruchsgrundlage aufgrund des nicht erforderlichen Nachweises einer schuldhaften Vertragsverletzung, sondern der bloßen Verletzung einer Obliegenheit als einfacher angesehen wird. Die Berechnung des Mehrkostenanspruchs unterscheidet sich grundlegend, da für einen Schadensnachweis die tatsächlich entstandenen Mehrkosten nachzuweisen sind, die Berechnung des Entschädigungsanspruchs hingegen anhand der vereinbarten Vergütung erfolgen muss.

Die kalkulatorische Ermittlung der Mehrkostenansprüche erfolgt bei der Entschädigungsberechnung für die von einer Bauablaufstörung tatsächlich betroffenen Leistungen und Kapazitäten und ist oftmals mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, da vollständige und aussagekräftige Informationen zur Preisermittlung nicht oder nicht im benötigten Detaillierungsgrad vorliegen. Umfangreiche Informationen zur vertraglichen Preisermittlung sind jedoch eine wesentliche Voraussetzung, um eine Entschädigung berechnen zu können. Für den Fall, dass eine Entschädigung für eine von der ursprünglichen Planung abweichende Bauausführung zu berechnen ist, stellt sich zusätzlich das Problem, dass Kalkulationsansätze

der vertraglichen Preisermittlung hierzu unter Umständen nur eingeschränkt oder gar nicht verwendbar sind.

Für den Nachweis der Anspruchshöhe bei Vergütungs- und Schadensersatzansprüchen existieren in der Literatur ausführliche Erläuterungen. Eine Berechnungsmethodik für den Nachweis der Entschädigungshöhe fehlt hingegen bisher. Hinsichtlich der Berechnung der Anspruchshöhe können zur systematisch ähnlichen Vergütungsberechnung zahlreiche Parallelen gezogen werden. Durch die unterschiedlichen Ursachen für die Mehrkostenansprüche, Mehrkosten aufgrund geänderter oder zusätzlicher Leistungserbringung bei der Vergütung einerseits und Mehrkosten aufgrund stillstehender und damit länger einzusetzender Produktionsmittel bei der Entschädigung andererseits, ist jedoch eine auf die Besonderheiten der Entschädigung abgestimmte Vorgehensweise erforderlich. Darüber hinaus sind bei der Entschädigung ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb zu berücksichtigen, bei deren Bewertung hinsichtlich der anzusetzenden Höhe einige, mittels der Systematik einer Vergütungsberechnung nicht zufrieden stellend gelöste Probleme auftreten können.

Das Fehlen einer Berechnungsmethodik für den Nachweis eines Entschädigungsanspruchs führt dazu, dass große Unsicherheiten bei der Durchsetzung von Mehrkostenansprüchen auf Basis dieser Anspruchsgrundlage bestehen. Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien entstehen insbesondere hinsichtlich des Nachweises der Höhe und der Prüffähigkeit des Anspruchs. Die Verwendung der Entschädigung alternativ zum Schadensersatz fördert diesen Konflikt, da nicht der tatsächlich entstandene und nachzuweisende Schaden maßgeblich ist, sondern für den gleichen Sachverhalt auch ein auf der vertraglichen Preisermittlung basierender Anspruch geltend gemacht werden kann, der jedoch hinsichtlich der Anspruchshöhe nicht identisch ist.

## **1.2 Zielsetzung**

Der Nachweis der Entschädigungshöhe muss nachvollziehbar und transparent belegt werden, da nur auf diese Weise verhindert werden kann, dass sich der Auftraggeber übervorteilt fühlt und es zu Streitigkeiten über die Höhe der Mehrkosten infolge einer Bauablaufstörung kommt. Die Prüffähigkeit des detaillierten Nachweises der Entschädigung, bei dem im Gegensatz zum Schadensersatz nicht tatsächliche Kosten nachzuweisen sind, sondern die Mehrkosten kalkulatorisch auf Basis der Preisermittlungsgrundlage errechnet werden, ist daher für die Durchsetzbarkeit des Anspruchs von zentraler Bedeutung.

Auf der Basis differenzierter Angaben zu Kalkulationsansätzen, eingeplanten Kapazitäten und vorgesehenen Einsatzzeiten kann der kausale Zusammenhang zwischen Nachtragskalkulation und Preisermittlungsgrundlage schlüssig nachgewiesen werden. Die Darstellung der Zusammensetzung und Art der Verrechnung von Gemeinkosten ist hierbei eine besondere Anforderung an die Preisermittlungsgrundlagen. Eine schlüssige Berechnung des Entschädigungsanspruchs muss auch in Fällen möglich sein, bei denen eine Preisermittlungsgrundlage nicht mit dem erforderlichen Detaillierungsgrad hinterlegt wurde, die tatsächliche Bauausführung



innerhalb der vertraglichen Restriktionen vom ursprünglich geplanten Bauablauf abweicht oder sonstige Schwierigkeiten bei der Bewertung ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs auftreten.

Bei der Berechnung der Entschädigungshöhe muss sichergestellt sein, dass das Preisniveau der vereinbarten Vergütung für die Anspruchsermittlung auch bei einer von der ursprünglichen Preisermittlung abweichenden Bauausführung oder zusätzlichen Kosten konsequent beibehalten wird und anspruchsmindernde ersparte Aufwendungen oder anderweitige Einsatzmöglichkeiten der Kapazitäten angemessen berücksichtigt werden. Für die Bewertung einzelner Bestandteile eines Entschädigungsanspruchs muss daher der Preisbildungsprozess durch die Preisermittlungsgrundlage hinreichend aufgeschlüsselt und dokumentiert sein.

Zielsetzung dieser Arbeit ist es, die Probleme einer Entschädigungsberechnung aufzuzeigen, die speziellen Anforderungen an den Nachweis näher herauszuarbeiten, darauf aufbauend eine rechtskonforme und systematische Vorgehensweise zur Ermittlung der Anspruchshöhe zu entwickeln und dadurch die Prüfbarkeit von Entschädigungsansprüchen aus Bauablaufstörungen zu verbessern.

### **1.3 Vorgehensweise**

Zunächst werden in Kapitel 2 die rechtlichen Grundlagen des Entschädigungsanspruchs im Kontext der weiteren möglichen Anspruchsgrundlagen für Mehrkostenansprüche infolge Bauablaufstörungen dargestellt. Nach einem kurzen, einführenden Überblick über Ursachen und Auswirkungen von Bauablaufstörungen werden die Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen für einen Vergütungs- und Schadensersatzanspruch (nach VOB/B) sowie für einen Entschädigungsanspruch (nach BGB) aufgezeigt, Probleme bei der Sicherung der Anspruchsgrundlage erörtert und die Anspruchsgrundlagen einander gegenübergestellt.

Anschließend wird die Berechnung und der Nachweis der Anspruchshöhe infolge einer Bauablaufstörung für die jeweilige Anspruchsgrundlage dargestellt (Kapitel 3). Die Erläuterungen zur Vorgehensweise bei der Anspruchsermittlung und zum Nachweis der Mehrkosten werden für die in der Literatur ausführlich behandelten Vergütungs- und Schadensersatzansprüche auf das im Zusammenhang mit dieser Arbeit erforderliche Maß begrenzt. Schwerpunkt der Ausführungen in diesem Kapitel ist die Ermittlung der Höhe einer angemessenen Entschädigung. Hierzu werden die Ermittlung der Dauer des Verzugs und die Bedeutung der Höhe der vereinbarten Vergütung für die Berechnung störungsbedingter Mehrkosten analysiert. Außerdem wird auf die Bewertung der zu berücksichtigenden ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs eingegangen, bevor Parallelen und Unterschiede bei der Vorgehensweise und den Nachweisen für die nach Bauablaufstörungen grundsätzlich in Frage kommende Vergütungs-, Schadens- und Entschädigungsermittlung herausgearbeitet werden.

Bei der praktischen Durchführung der Ermittlung eines Entschädigungsanspruchs können sich verschiedene Probleme ergeben, die in Kapitel 4 an einem Beispiel verdeutlicht werden.

Ausgehend von einer fiktiven Bauablaufplanung werden anhand dreier aufeinander aufbauender Szenarien Probleme bei der Bewertung der einzelnen Bestandteile einer Entschädigung aufgezeigt. Hierbei werden zunächst grundsätzliche Probleme der Nachweissführung und der Anknüpfung an die vereinbarte Vergütung für die von der Störung betroffenen Leistungen und Kapazitäten diskutiert. Es werden insbesondere die Schwierigkeiten aufgezeigt, die bei einer nicht ausreichend dokumentierten Preisermittlungsgrundlage, wie es für Gemeinkosten regelmäßig der Fall ist, auftreten und mit denen bei Abweichungen der tatsächlichen Ausführung von der ursprünglich geplanten innerhalb der vertraglich zulässigen Grenzen umzugehen ist. Außerdem wird anhand des Beispiels auf die Probleme der Bewertung ersparter Aufwendungen und besonders des auf einer anderen Baustelle stattfindenden anderweitigen Erwerbs eingegangen. Schließlich wird die im Zusammenhang mit der Schadensersatzberechnung in der Literatur bereits ausführlich diskutierte Frage der Deckung Allgemeiner Geschäftskosten bei Bauablaufstörungen anhand des Beispiels auch für die Entschädigung erörtert.

Unter Berücksichtigung der aufgezeigten Probleme hinsichtlich der Ermittlung der angemessenen Entschädigungshöhe werden in Kapitel 5 zunächst die Anforderungen an die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen, an die Führung des Nachweises und an die zur Anspruchsermittlung zur Verfügung stehende Preisermittlungsgrundlage zusammengetragen. Darauf aufbauend wird eine systematische Vorgehensweise vorgestellt, um störungsbedingte Mehrkosten nachprüfbar anhand des Preisniveaus der vereinbarten Vergütung zu bestimmen und die anzurechnenden anspruchsmindernden Anteile in angemessener Höhe zu berücksichtigen, auch wenn der Preisbildungsprozess nicht ausreichend dokumentiert oder ein abweichender tatsächlicher Bauablauf zu bewerten ist.

Im abschließenden Kapitel 6 werden die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit für die Ermittlung einer angemessenen Entschädigung bei Bauablaufstörungen zusammengefasst.

## 2 Anspruchsgrundlagen für Mehrkostenansprüche infolge von Bauablaufstörungen

### 2.1 Ursachen und Auswirkungen von Bauablaufstörungen

Bauablaufstörungen gehören zu den größten Gefahren für den wirtschaftlichen Erfolg einer Baustelle, da die aus der Störung des Bauablaufs möglicherweise resultierenden Mehrkosten beträchtliche Summen erreichen können. Bauablaufstörungen führen dazu, dass der tatsächliche Bauablauf (Ist-Bauablauf) in Abhängigkeit vom Grad der Störung vom ursprünglich geplanten Bauablauf (Soll-Bauablauf) abweicht. Eine umfangreiche Analyse der Definitionen des Begriffs Bauablaufstörungen in der einschlägigen Literatur wurde durch HEILFORT<sup>1</sup> durchgeführt. Abstrakt ausgedrückt sind Bauablaufstörungen demnach „alle im Rahmen des Controllingprozesses festgestellten Differenzen zwischen vertragsgerechten Referenz- und äquivalenten Beobachtungszuständen in der Wertschöpfung eines Bauprojektes, die auf konkrete Ursachen zurückgeführt werden.“<sup>2</sup>

#### 2.1.1 Begriffliche Abgrenzung

Bauablaufstörungen können den vom Auftragnehmer geplanten Bauablauf nachhaltig beeinflussen. Störungen mit negativen zeitlichen oder finanziellen Auswirkungen werden im Zusammenhang mit dem Schadensersatz nach § 6 VOB/B als Behinderung definiert. Im Zusammenhang mit Bauablaufstörungen sind daher die Begriffe *Störung* und *Behinderung* zu unterscheiden. In der Literatur werden die Begriffe *Störung* und *Behinderung* uneinheitlich benutzt.<sup>3</sup>

Störungen werden von KAPPELLMANN/SCHIFFERS „als unplanmäßige Einwirkungen auf den vom Auftragnehmer vertragsgemäß geplanten Produktionsprozess“<sup>4</sup> definiert. Ebenso kann eine Störung auch als hindernder Umstand bezeichnet werden, also als ein Ereignis oder einen Zustand, durch den das Baugeschehen tatsächlich behindert werden kann.<sup>5</sup> Eine Störung kann ein einmaliges Ereignis sein oder über einen Zeitraum, die Störungsdauer, andauern. Nicht jede Störung muss zwangsläufig zu einer Behinderung führen. Erst wenn sich eine Störung in zeitlicher oder finanzieller Hinsicht negativ auf den Bauablauf auswirkt, ist eine Behinderung festzustellen.<sup>6</sup> Als Folgen bzw. Auswirkungen einer Behinderung können unter Umständen weitere Termine nicht eingehalten werden, so dass Vertragsfristen überschritten werden und/oder Mehrkosten bei der Leistungserstellung entstehen.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. Heilfort (2003), S. 35 ff.

<sup>2</sup> Heilfort (2003), S. 49.

<sup>3</sup> Unterschiedliche Definitionen der Begriffe werden u. a. durch Dreier (2001), S. 4 ff. und Schiffers (1998), S. 288 f. gegenübergestellt.

<sup>4</sup> Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 502, Rdn. 1202.

<sup>5</sup> Vgl. Leitzke (2004), S. 23 f.

<sup>6</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 503.

<sup>7</sup> Kapellmann (2006), S. 5 ff. teilt die zeitlichen und finanziellen Folgen von Behinderungen in Passiv- und Aktivfunktion der Behinderung ein. Unter Passivfunktion der Behinderung werden die zeitlichen Folgen der Behinderung verstanden, die zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist führen und damit auch der Abwehr

DREIER arbeitet die unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffes Behinderung im juristischen und im baubetrieblichen Sinn heraus.<sup>8</sup> Im juristischen Sinn ist der Begriff Behinderung ausschließlich mit dem Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B und dem Nachweis des tatsächlich entstandenen Schadens verbunden und grenzt den Störungsbegriff näher ein (siehe Kapitel 2.3).<sup>9</sup> Im baubetrieblichen Sinn stehen bei einer Behinderung in erster Linie die ablauftechnischen Auswirkungen im Vordergrund, so dass im baubetrieblichen Sinn auch geänderte und zusätzliche Leistungen nach § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B Störungen des Bauablaufs darstellen, die zu Behinderungen führen können, obwohl die Verwendung des Begriffes Behinderung streng genommen nur im Zusammenhang mit dem Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B vorkommen sollte.<sup>10</sup>

Im Zusammenhang mit der Entschädigung können Störungen, die den Bauablauf nachhaltig beeinflussen, ebenfalls als Behinderungen bezeichnet werden, insbesondere, da Voraussetzung für die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs eine Behinderungsanzeige gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B ist. Wird in der vorliegenden Arbeit der umfassendere Begriff *Störung* (oder auch *Bauablaufstörung*) verwendet, sind stets Störungen gemeint sind, die sich in zeitlicher und/oder finanzieller Hinsicht negativ auf den geplanten Bauablauf auswirken.

### 2.1.2 Auswirkungen

Bauablaufstörungen können sich in unterschiedlicher Art und Weise auf den Bauablauf auswirken. Wird die Bauausführung behindert, ohne dass es zu Einflüssen auf relevante Terminziele kommt, kann von einer Erschwerung der Arbeiten gesprochen werden. Sofern diese Störung allerdings die zeitliche Verschiebung der weiteren Bauausführung nach sich zieht, handelt es sich um eine Verzögerung der Ausführung. Ist der Bauablauf derart behindert, dass es sogar zu einem Stillstand der Ausführung kommt, wird von einer Unterbrechung gesprochen. Die Verschiebung des Baubeginns ist als Sonderfall des Arbeitsstillstands durch den Begriff Unterbrechung mit abgedeckt.<sup>11</sup>

Die Folgen von Bauablaufstörungen sind sowohl in zeitlicher als auch finanzieller Hinsicht zu bewerten. Mehrkosten resultieren daraus, dass die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation von einer expliziten Planung des Bauablaufs ausgeht. Nur der planmäßige Einsatz aller Produktionsfaktoren erlaubt die Bauwerkserstellung zu den laut Kalkulation angegebenen und mit dem Auftraggeber vereinbarten Preisen. Andere Herstellungswege erfordern gegebenenfalls abweichende Kalkulationseingangswerte oder andere Bauverfahren. Beispielsweise ist

---

von Ansprüchen des Auftraggebers wegen Verzögerung dienen können. Demgegenüber steht die Aktivfunktion einer Behinderung, unter der die negativen finanziellen Folgen einer Behinderung verstanden werden und die der Auftragnehmer bei der Beanspruchung eines Schadensersatzes gewissermaßen „aktiv“ verfolgen kann.

<sup>8</sup> Dreier (2001), S. 9 ff.

<sup>9</sup> So Heilfort (2003), S. 51.

<sup>10</sup> Zu beachten ist, dass aufgrund der Modifikation von Leistungen die beauftragte Bauleistung zwar nicht wie vertraglich vereinbart erstellt werden kann, jedoch weder geänderte Leistungen zwangsläufig zu Mehrkosten noch zusätzliche Leistungen notwendigerweise zu Terminverschiebungen führen müssen.

<sup>11</sup> Zu den unterschiedlichen Zuständen, die infolge einer Bauablaufstörung eintreten können vgl. Mitschein (1999), S. 69 ff. ; Noosten (2005), S. 13 ff. (dort mit Verweis auf den VOB-Kommentar von Heiermann/Riedl/Rusam).

die Einsatzplanung für Geräte entsprechend optimiert, so dass gerade für kostenintensive Geräte die Vorhaltezeiten möglichst kurz sind. Bauablaufstörungen können somit zu kostenintensiven Stillstandszeiten teurer Geräte und Maschinen führen. Die zeitweise Störung des Bauablaufs kann möglicherweise durch Umstellungen und Beschleunigungen des Bauablaufs kompensiert werden, wodurch jedoch weitere Störungen und/oder Mehrkosten entstehen.

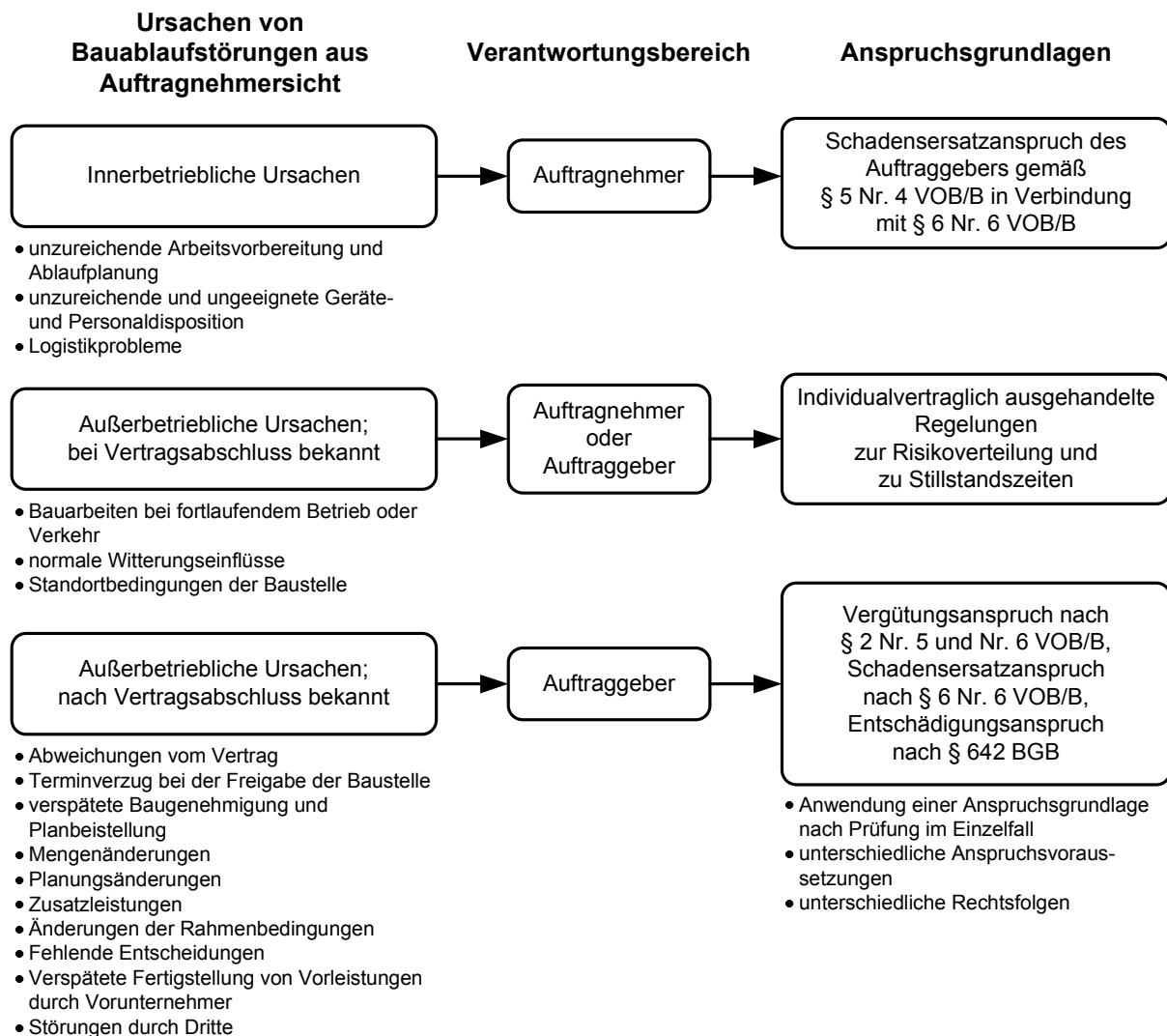
### **2.1.3 Ursachen und Anspruchsgrundlagen**

Grundsätzlich können Bauablaufstörungen ihre Ursache sowohl im Verantwortungsbereich des Auftraggebers als auch des Auftragnehmers haben. In Abbildung 1 werden Ursachen von Bauablaufstörungen nach Risikosphäre und Anspruchsgrundlage kategorisiert. Wie der Abbildung zu entnehmen ist, können aus Sicht des Auftragnehmers Bauablaufstörungen sowohl innerbetrieblich als auch außerbetrieblich verursacht werden. Unzureichende Arbeitsvorbereitung oder eine unzulängliche Personal- und Gerätedisposition sind innerbetriebliche Ursachen, die der Auftragnehmer zu verantworten hat. Kommt es hierdurch zu Störungen, kann der Auftraggeber Schadensersatz geltend machen, was hier aber nicht weiter betrachtet wird. Daneben sind außerbetriebliche Störungsursachen, wie beispielsweise Witterungseinflüsse oder spezielle Standortbedingungen zu erwähnen, die grundsätzlich vor Vertragsschluss bekannt sind und je nach ausgehandelter Regelung sowohl dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers als auch des Auftragnehmers zuzuordnen sind.

Für die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende Bewertung eines Vergütungs-, Schadensersatz- und insbesondere Entschädigungsanspruchs sind außerbetriebliche Ursachen für Bauablaufstörungen relevant, die erst nach Vertragsschluss bekannt werden oder auftreten und somit vom Auftragnehmer bei seiner Preisermittlung nicht berücksichtigt werden konnten. Diese Störungsursachen sind in der Regel vom Auftraggeber zu vertreten, so dass der Auftragnehmer – neben einer gegebenenfalls einzufordernden Fristverlängerung – Mehrkostenansprüche in Abhängigkeit von der Sachlage als Vergütung, Schaden oder Entschädigung geltend machen kann.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 111 ff. ; Vygen (2006a), S. 166 ff.



**Abbildung 1:** Zuordnung der Ursachen von Bauablaufstörungen zu den Vertragsparteien und Anspruchsgrundlagen<sup>13</sup>

Sofern die Störung dem Grunde nach dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers zuzuordnen ist, stehen dem Auftragnehmer zur Durchsetzung von Mehrkostenerstattungsansprüchen vorrangig drei Anspruchsgrundlagen zur Verfügung:

- § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B: Vergütungsanspruch für geänderte und zusätzliche Leistungen
- § 6 Nr. 6 VOB/B: Schadensersatzanspruch
- § 642 BGB: Entschädigungsanspruch

Ein Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B stellt für den Auftragnehmer den Ausgleich zum Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VOB/B dar. Wenn der Auftraggeber schuldhaft seine Vertragspflichten verletzt, hat der Auftragnehmer ein Recht auf Ersatz seines nachweislich entstandenen Schadens nach § 6 Nr. 6 VOB/B. Einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB kann der Auftragnehmer hingegen

<sup>13</sup> Abbildung entwickelt nach Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 112 f.

bereits geltend machen, wenn der Auftraggeber nur eine zur Herstellung des Werkes erforderliche Mitwirkungshandlung unterlassen hat. Je nach Anspruchsgrundlage müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Ansprüche durchgesetzt werden können (siehe Kapitel 2.4).<sup>14</sup>

In Abhängigkeit von der Anspruchsgrundlage ist der Anspruch der Höhe nach zu ermitteln, wobei sich die Grundlagen, nach denen dieser Mehrkostenanspruch ermittelt wird, grundsätzlich unterscheiden. Die Mehrkostenermittlung erfolgt bei der Vergütungs- und Entschädigungsberechnung anhand kalkulatorischer Grundlagen, hingegen wird bei der Schadensermittlung der tatsächliche Aufwand herangezogen. Hierauf wird noch detailliert in Kapitel 3 eingegangen.

Im Folgenden werden zunächst die genannten drei Anspruchsgrundlagen des Auftragnehmers dem Grunde nach dargestellt. Hierbei werden Einzelheiten zu den Anspruchsvoraussetzungen und dem Umfang des Anspruchs erläutert. Insbesondere wird auf die Besonderheiten der Entschädigung nach § 642 BGB als vergütungsähnlicher Anspruch und Alternative zum Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B eingegangen.

## **2.2 Vergütung gemäß § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B**

Wie oben erwähnt, stellt der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nach § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B das Gegenstück zum Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VOB/B dar. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal der Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B ist, dass es sich bei geänderten Leistungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B um Änderungen einer vertraglich bereits vereinbarten Leistung handelt. Bei zusätzlichen Leistungen nach § 2 Nr. 6 VOB/B handelt es sich hingegen um Leistungen, die vertraglich noch nicht erfasst wurden. Beide Vergütungsansprüche werden in dieser Arbeit gemeinsam behandelt, da sie sich hinsichtlich der rechtlichen Aspekte zur Anspruchsgrundlage geringfügig unterscheiden, aber nicht hinsichtlich der Berechnung der Anspruchshöhe.

Beide Anspruchsgrundlagen setzen ein Eingreifen des Auftraggebers in Form einer Anordnung voraus. Im Unterschied zur Anspruchswahrung bei einer geänderten Leistung ist bei der Anordnung einer zusätzlichen Leistung die Ankündigung des Vergütungsanspruchs durch den Auftragnehmer eine weitere Anspruchsvoraussetzung. Folge einer Anordnung ist in beiden Fällen ein Vergütungsanspruch des Auftragnehmers auf der Grundlage der Preisermittlung des Hauptvertrags. Die Höhe der Vergütung errechnet sich entweder in Form einer Neuberechnung des Preises aller unmittelbar oder mittelbar von der Leistungsänderung betroffenen Positionen des Leistungsverzeichnisses unter Berücksichtigung der Auswir-

---

<sup>14</sup> Vgl. Franz (2003), S. 111.

kungen der Änderung oder in Form der Bildung eines Preises für die zusätzliche Leistung unter Berücksichtigung des Preisgefüges der vertraglichen Leistung.<sup>15</sup>

Die nachfolgende Tabelle fasst die Anspruchsvoraussetzungen und die Rechtsfolgen für geänderte und zusätzliche Leistungen gemäß § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B zusammen, bevor auf die einzelnen Aspekte näher eingegangen wird.

	<b>Geänderte Leistungen</b>	<b>Zusätzliche Leistungen</b>
<b>Anspruchsgrundlage</b>	§ 2 Nr. 5 VOB/B	§ 2 Nr. 6 VOB/B
<b>Anspruchsvoraussetzungen</b>	Anordnung zur Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnung des Auftraggebers	Anordnung einer vertraglich nicht vorgesehenen Leistung Ankündigung des Anspruchs auf Mehrvergütung
<b>Rechtsfolgen</b>	Neuberechnung der Vergütung auf Grundlage der Preise des Hauptauftrages unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten	Vergütung nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung

**Tabelle 1:** Anspruchsgrundlage, Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Vergütungsanspruchs gemäß § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B<sup>16</sup>

### 2.2.1 Anordnungen des Auftraggebers

Gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B kann der Auftraggeber Änderungen des Bauentwurfs anordnen und gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B den Auftragnehmer zur Ausführung zusätzlicher Leistungen verpflichten, sofern diese zur Ausführung der vertraglichen Leistung notwendig sind und der Auftragnehmer auf die Ausführung dieser Leistung eingerichtet ist (so genanntes Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers). Dem Auftraggeber wird hiermit die Möglichkeit eingeräumt, einseitig nach Vertragsschluss die geschuldete Leistung zu ändern und sogar in gewissen Grenzen zu erweitern. Dem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers steht in der VOB/B der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nach § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B ausgleichend gegenüber.

Änderungen des Bauentwurfs oder andere Anordnungen setzen auf Seiten des Auftraggebers ein aktives Handeln voraus. Beispiele hierfür sind Planungsänderungen, Abweichungen der Ausführungspläne von den Vertragsplänen oder die Weitergabe von Auflagen aus der Baugenehmigung oder des Prüfstatikers.<sup>17</sup> Ein Unterlassen von Mitwirkungspflichten, beispielsweise durch nicht rechtzeitige Übergabe von Ausführungsunterlagen, kann jedoch nicht als andere Anordnung gesehen werden, es sei denn, der Auftraggeber trifft mit seiner

<sup>15</sup> Vgl. u. a. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 293 ff. ; Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 111 ff. ; Leineweber (2002), S. 132.

<sup>16</sup> Vgl. Leineweber (2002), S. 128 f. ; Franz (2003), S. 110 f.

<sup>17</sup> Vgl. Leineweber (2002), S. 128 f.



Unterlassungshandlung einhergehend weitere Anordnungen zum Bauablauf.<sup>18</sup> Anordnungen nach § 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VOB/B, die sich allein auf die technische Ausführung beziehen, wirken sich meist auch auf die Bauzeit aus. Verzögerungsbedingte Kosten sind daher ebenfalls auf der Grundlage des Vergütungsanspruchs zu berechnen und direkt in das Nachtragsangebot einzuarbeiten.

Inwieweit der Auftraggeber neben Anordnungen zum Bauentwurf im Sinne der „anderen Anordnungen“ auch solche ausschließlich zur Bauzeit, also beispielsweise zum Baubeginn, zum Bauablauf oder zu Unterbrechungen treffen darf, ist umstritten. Verbreitete Meinung in der baurechtlichen Literatur ist, dass nach § 1 Nr. 3 VOB/B kein Anordnungsrecht zu Bauablauf und Bauzeit besteht, über das Tatbestandsmerkmal der „anderen Anordnung“ jedoch im Zweifel ein Vergütungsanspruch konstruiert werden kann.<sup>19</sup>

Aus baubetrieblicher Sicht ist ein Anordnungsrecht des Auftraggebers zu Bauablauf und Bauzeit auf der Grundlage von § 1 Nr. 3 VOB/B kritisch einzustufen. Die Kalkulation des Auftragnehmers und der vertraglich festgelegte Preis hängen wesentlich von der zugrunde gelegten Bauzeit ab, da zeitabhängige Kosten den überwiegenden Anteil der kalkulierten Kosten ausmachen. Durch ein einseitiges Anordnungsrecht des Auftraggebers über die technische Ausführung hinaus auch zur Bauzeit würde das Kalkulationsrisiko des Auftragnehmers erheblich steigen. Eine angemessene Anpassung der Vergütung würde in diesen Fällen hinsichtlich der Nachweisführung für den Auftragnehmer zu erheblichem Mehraufwand bei der Dokumentation führen.<sup>20</sup>

Für die Feststellung der Anspruchsgrundlage ist entscheidend, ob es sich bei einer Anordnung des Auftraggebers um eine Bauentwurfsänderung oder eine andere leistungsändernde Anordnung handelt oder ob der Auftraggeber beispielsweise nur von einem vertraglichen Wahlrecht Gebrauch macht. Bei der Anordnung einer zusätzlichen Leistung ist darüber hinaus zu klären, ob es sich hierbei tatsächlich um eine Leistung handelt, die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung notwendig ist. Ist dies nicht der Fall, ist zu überprüfen, ob es sich nicht vielmehr um einen Anschlussauftrag handelt, zu dem der Auftragnehmer nicht verpflichtet werden kann und für den vom vorhergehenden Vertrag unabhängige Preise vereinbart werden können. Schließlich kann es sich bei einer Anordnung des Auftraggebers auch schlicht um eine Anordnung zur Ausführung der vertragsgemäßen Leistung handeln (gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 3 Satz 1 VOB/B). Hierfür besteht kein Vergütungsanspruch nach § 2

<sup>18</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 121 f., Rdn. 162.

<sup>19</sup> Vgl. u. a. Heiermann/Riedl/Rusam (2003), S. 758 ff.; Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 132 ff.; ausführlicher Nachweis und Gegenüberstellung der unterschiedlichen Sichtweisen bei Thode (2004), S. 214 ff.; Genschow (2004), S. 642 ff. als Entgegnung auf die Ausführungen von Thode; Zanner/Keller (2004), S. 353 ff. vertreten im Übrigen die Ansicht, dass in den Grenzen von Treu und Glauben dem Auftraggeber ein Anordnungsrecht unmittelbar zu Bauablauf und Bauzeit nach § 1 Nr. 3 VOB/B zusteht.

<sup>20</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 132, Rdn. 174; Meier (2005). Die rechtliche Diskussion zur Thematik der Anordnungen zur Bauzeit ist derzeit noch nicht abgeschlossen und soll hier nicht weiter vertieft werden. Vygen (2006a), S. 168 f., weist jedoch auch zutreffend darauf hin, dass Generalunternehmer gegenüber ihren Nachunternehmern ebenso Auftraggeber sind und sich eine Baustelle mit einer Vielzahl von Nachunternehmern nicht mehr steuern ließe, wenn der Generalunternehmer zwar durch den Bauherrn angeordnete Bauentwurfsänderungen mit daraus folgenden Terminverschiebungen durchführen müsste, jedoch selbst als Auftraggeber seiner Nachunternehmer deren Termine nicht einseitig verschieben darf.

Nr. 5 bzw. Nr. 6.<sup>21</sup> Wünsche des Auftraggebers oder Aussagen, die den Auftragnehmer lediglich zu einer Überprüfung seiner Verfahrensweise oder seiner Ablaufplanung veranlassen sollen, sind nicht als Anordnung aufzufassen.<sup>22</sup>

Bei der Anordnung des Auftraggebers muss es sich um eine klar und deutlich verständliche Weisung handeln. Diese eingeschränkte Auslegung des Begriffs Anordnung ist im Zusammenhang mit dem Vergütungsanspruch notwendig, da eine geänderte Leistung keine Ankündigung des Anspruchs, keine Behinderungsanzeige und auch kein Verschulden des Auftraggebers voraussetzt. Sowohl eine ausdrückliche als auch eine stillschweigende Anordnung des Auftraggebers, die zu einer Änderung der auszuführenden Leistung, der vorgesehenen Ausführungsart oder des vorgesehenen Bauablaufs führt und damit die Preisgrundlage beeinflusst, muss daher im Einzelfall sorgfältig geprüft werden.<sup>23</sup>

### 2.2.2 Ankündigung des Vergütungsanspruchs

Voraussetzung eines Vergütungsanspruchs für eine zusätzliche Leistung nach § 2 Nr. 6 VOB/B ist neben der eindeutigen Anordnung des Auftraggebers auch eine Ankündigung des Vergütungsanspruchs durch den Auftragnehmer.<sup>24</sup> Laut VOB/B soll die Vereinbarung einer zusätzlichen Vergütung möglichst vor Beginn der Arbeiten erfolgen. Zwingende Voraussetzung ist die vorhergehende Einigung auf eine Vergütung – ebenso wie bei der Vergütungsvereinbarung für eine geänderte Leistung – jedoch nicht.

Die Ankündigung des Anspruchs erfüllt den Zweck, den Auftraggeber über die Folgen seiner Anordnung einer Leistungsmodifikation zu informieren und ihm gegebenenfalls die Möglichkeit zur Korrektur seiner Entscheidung zu geben. Eine Ankündigung sollte deshalb auch bei einem Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B erfolgen, obwohl die Pflicht zur Ankündigung einer geänderten Vergütung nicht besteht. Da laut VOB/B die Vereinbarung des neuen Preises vor der Ausführung getroffen werden soll, erscheint daher eine Ankündigung auch nach § 2 Nr. 5 VOB/B angemessen.<sup>25</sup>

Die generelle Ankündigung eines geänderten oder zusätzlichen Vergütungsanspruchs bedeutet für den Auftraggeber eine bessere Information, und der Auftragnehmer hält sich auf diesem Weg beide Anspruchsgrundlagen offen, insbesondere wenn nicht eindeutig abzuschätzen ist, welche Anspruchsgrundlage für den Nachtrag herangezogen werden soll.<sup>26</sup> Oftmals ist eine Abgrenzung zwischen einer geänderten und einer zusätzlichen Leistung in der Praxis äußerst schwierig. Für den Auftragnehmer können sich Schwierigkeiten bei der

<sup>21</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 118, Rdn. 160 ; Mitschein (1999), S. 42 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion (2004), S. 1363.

<sup>23</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 140, Rdn. 186.

<sup>24</sup> Diese Ankündigungspflicht ist nur unter der Voraussetzung entbehrlich, dass der Auftraggeber von der Entgeltlichkeit der Leistung ausgehen musste oder ihm keine günstigere Alternative als die Ausführung durch den Auftragnehmer zur Verfügung stand (BGH, Urteil vom 23.05.1996, VII ZR 245/94). Allerdings hat der BGH zur Darlegungs- und Beweislast entschieden, dass der Auftraggeber zunächst darlegen muss, dass ihm bei rechtzeitiger Ankündigung eine preiswertere Alternative zur Verfügung gestanden hätte (BGH, Urteil vom 08.11.2001, VII ZR 111/00).

<sup>25</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 140, Rdn. 187.

<sup>26</sup> Vgl. Franz (2003), S. 116 f.

Durchsetzung seiner Ansprüche ergeben, wenn er von einer geänderten Leistung ausgegangen ist und eine Ankündigung des Vergütungsanspruchs nicht erfolgte, es sich tatsächlich aber um eine zusätzliche Leistung handelt und somit eine Ankündigung des Anspruchs fehlt.<sup>27</sup> Dem Auftragnehmer ist daher dringend anzuraten, sowohl eine geänderte als auch eine zusätzliche Vergütung *schriftlich* anzukündigen, auch wenn keine besondere Form vorgeschrieben ist.<sup>28</sup>

### 2.2.3 Umfang des Vergütungsanspruchs

Grundlage für eine Preisanpassung im Rahmen der Vergütungsbestimmungen ist die Feststellung des vom Auftragnehmer vertraglich geschuldeten und mit den vereinbarten Preisen abgegoltenen Leistungsumfangs. Wenn der Auftraggeber von seinem Leistungsbestimmungsrecht nach § 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VOB/B Gebrauch macht und damit vom ursprünglich geplanten Bauentwurf abweicht, steht dem Auftragnehmer ein angepasster Vergütungsanspruch zu.

Für eine geänderte Leistung ist, auf der Grundlage des Preises für die im Vertrag vorgesehene Leistung unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderkosten, ein neuer Preis zu vereinbaren. Der Preis für eine zusätzliche Leistung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung unter Berücksichtigung der Kosten der zusätzlichen Leistung.

Die Ermittlung des Vergütungsanspruchs auf der Grundlage der vertraglich vereinbarten Preise bedeutet, dass die verwendeten kalkulatorischen Ansätze für Personal und Gerät, Zuschlagssätze, Umlagefaktoren und pauschale Preisnachlässe auch bei der Preisberechnung für die geänderte bzw. zusätzliche Leistung berücksichtigt werden müssen.<sup>29</sup> Liegt beispielsweise aufgrund eines Pauschalpreisvertrags eine solche Kalkulation nicht vor, so ist nachträglich eine Kalkulation anzufertigen, auf deren Grundlage der neue Preis berechnet wird.<sup>30</sup> Die vertraglich vereinbarten Preise geben das Preisniveau vor, auf dem die Vergütung für eine geänderte oder zusätzliche Leistung zu bestimmen ist. Weitere kalkulatorische Ansätze oder nachträglich erstellte Kalkulationen sind daher mit Hilfe von Preisniveaufaktoren anzupassen (siehe hierzu Kapitel 3.1).

Sämtliche Kosten der geänderten bzw. zusätzlichen Leistung müssen bei der Anpassung des Preises berücksichtigt werden, da mit einer Vereinbarung über die geänderte oder zusätzliche Vergütung auch alle weiteren, zeitlichen Folgen der Vertragsänderung als abgegolten gelten, d. h. die Preisvereinbarung ist abschließend.<sup>31</sup> Verzögerungsbedingte Kosten sind demnach

<sup>27</sup> Vgl. Mitschein (1999), S. 46 f.; siehe hierzu auch die Anmerkungen in Fn. 24.

<sup>28</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion (2004), S. 1379.

<sup>29</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 165: „ein guter Preis im Hauptangebot bleibt auch beim Nachtrag ein guter Preis, während ein schlechter Preis auch beim Nachtrag ein schlechter bleibt und nicht aufgebessert werden kann.“; außerdem u. a. Mitschein (1999), S. 45. Die eingängige Formel „schlechter Preis bleibt schlechter Preis – guter Preis bleibt guter Preis“ geht nach Angabe von Vygen (2006b) auf Prof. Hermann Korbion zurück.

<sup>30</sup> Vgl. Franz (2003), S. 109.

<sup>31</sup> Vgl. Leitzke (2004), S. 7.

direkt in das Nachtragsangebot einzuarbeiten oder zumindest vorzubehalten, sofern eine Bestimmung der bauzeitabhängigen Kosten erst später möglich ist.<sup>32</sup>

## 2.3 Schadensersatz gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B

Eine weitere Anspruchsgrundlage für Mehrkosten infolge von Bauablaufstörungen ist der Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B. Ein Auftragnehmer kann nach § 6 Nr. 6 VOB/B verzögerungsbedingte Kosten geltend machen, sofern der Auftraggeber aufgrund einer schuldhaften Vertragsverletzung für eine Ablaufstörung verantwortlich ist, die zu einer Behinderung mit finanziellen Folgen führt. Ein Anspruch besteht lediglich auf den Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens, der im Einzelnen nachzuweisen ist. Die Haftung bei einem Schadensersatzanspruch umfasst einen Anspruch auf entgangenen Gewinn lediglich bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Ein Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 setzt voraus, dass eine Behinderung tatsächlich vorlag, deren Umstände der Auftraggeber zu verantworten hat, und dass unverzüglich eine ordnungsgemäße Behinderungsanzeige gestellt wurde (oder die behindernde Wirkung offenkundig war). Darüber hinaus muss ein Schaden nachweisbar durch die hindernden Umstände entstanden sein und dies adäquat-kausal durch den Auftragnehmer nachgewiesen werden können. Hierbei ist insbesondere der Zusammenhang zwischen Störung, behindernder Wirkung und den daraus resultierenden Folgen durch eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung nachzuweisen.<sup>33</sup>

Die nachfolgende Tabelle fasst die Anspruchsvoraussetzungen und die Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B zusammen. Anschließend wird auf wichtige Aspekte des Schadensersatzes näher eingegangen.

	Schadensersatz
<b>Anspruchsgrundlage</b>	§ 6 Nr. 6 VOB/B
<b>Anspruchsvoraussetzungen</b>	Vorliegen einer Behinderung Verschulden des Auftraggebers Behinderungsanzeige Schadensnachweis
<b>Rechtsfolgen</b>	Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens (konkreter Nachweis jedes einzelnen Schadens) Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit

**Tabelle 2:** Anspruchsgrundlage, Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 163 ; Franz (2003), S. 115.

<sup>33</sup> Vgl. Vygen (1997), S. 438 ff.

<sup>34</sup> Vgl. Leineweber (2002), S. 128 f. ; Franz (2003), S. 110 f.

### 2.3.1 Verschulden des Auftraggebers an einer Behinderung

Für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs muss zunächst eine Behinderung des Bauablaufs vorliegen. Eine Behinderung ergibt sich aus einer Störung mit negativen Auswirkungen auf den Bauablauf (siehe Kapitel 2.1.1), d. h. eine Störung allein reicht als Anspruchsvoraussetzung nicht aus. Einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B kann der Auftragnehmer zudem nur geltend machen, wenn die Behinderung auf eine schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten des Auftraggebers zurückzuführen ist. Die dem Auftraggeber obliegenden Vertragspflichten ergeben sich aus den Regelungen der VOB/B und aus weiteren Regelungen des individuellen Bauvertrags.<sup>35</sup>

Der Auftraggeber ist für eigenes Verschulden und für ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen verantwortlich. Vorunternehmer sind allerdings nach derzeitiger Rechtsprechung regelmäßig nicht als Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers anzusehen.<sup>36</sup> Inwieweit der Auftraggeber für mangelhafte oder verspätete Vorunternehmerleistungen einstehen muss, ist Gegenstand kontroverser Diskussionen.<sup>37</sup> Aufgrund der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) besteht jedoch hinsichtlich der Haftung des Auftraggebers für die termingerechte Fertigstellung einer Vorunternehmerleistung ein Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers nach § 642 BGB (siehe Ausführungen in Kapitel 2.4), da nunmehr § 642 BGB nicht mehr durch § 6 Nr. 6 VOB/B verdrängt wird.<sup>38</sup>

Es obliegt im Übrigen dem Schuldner eines Schadensersatzanspruchs – in dem hier behandelten Zusammenhang also dem Auftraggeber – sich vom Vorwurf des Verschuldens zu entlasten. Die Beweislast obliegt also, bei dem Grunde nach schlüssigem Anspruch und eingehaltener Anspruchsvoraussetzungen, dem Auftraggeber, dass ihn an Behinderungen aus seinem Einfluss- und Risikobereich kein Verschulden trifft.<sup>39</sup>

### 2.3.2 Anzeige der Behinderung

Nach § 6 Nr. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Behinderung bereits anzuzeigen, sobald er sich in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert *glaubt*. Die Behinderungsanzeige kann nach § 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B nur entfallen, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Störungstatsache und deren negative Auswirkungen bekannt sind. Da die Offenkundigkeit einer Behinderung im Streitfall unter Umständen vom Auftragnehmer nur schwer nachweisbar ist, sollte in jedem Fall eine Anzeige der Behinderung erfolgen. Bei einer funktionierenden Kommunikation zwischen den Vertrags-

<sup>35</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 181 ; Vygen (1997), S. 245 ff. ; Zur Abgrenzung von Haupt- und Nebenpflichten siehe Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 548 ff., die allerdings schadensersatzrechtlich nicht mehr von Bedeutung ist (hierzu auch Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 758).

Es sei darüber hinaus darauf hingewiesen, dass nicht jeder Verstoß des Auftraggebers gegen seine Pflichten zwangsläufig zu einer Störung des Bauablaufs führt.

<sup>36</sup> Der BGH bestätigte in seinem Urteil vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) die bis dahin gültige Rechtsprechung, dass der Vorunternehmer regelmäßig nicht als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers anzusehen ist (siehe auch: BGH, Urteil vom 27.06.1985, VII ZR 23/84).

<sup>37</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 580 ff. ; Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 105 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Leineweber (2002), S. 138 f.

<sup>39</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 184.

parteien wird der Auftragnehmer seinen Auftraggeber ohnehin frühzeitig auf mögliche Komplikationen hinweisen, so dass der Auftraggeber über möglicherweise drohende Behinderungen rechtzeitig informiert sein sollte.

Eine einseitige Vermutung oder Besorgnis des Auftragnehmers reicht aus, damit dieser zu einer Behinderungsanzeige verpflichtet ist. Die Begründung für diese relativ niedrige Schwelle eines Anzeigeeerfordernisses ist, dass die Behinderungsanzeige für den Auftraggeber eine Informations-, Warn- und Schutzfunktion besitzt (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98). Der Auftraggeber soll über den Sachverhalt und die Wirkung einer Behinderung informiert und vor möglichen Schäden gewarnt werden. Ferner soll er die Möglichkeit haben Maßnahmen zu ergreifen, um die Behinderung frühzeitig abstellen, selbst Ansprüche gegen Dritte ankündigen oder unberechtigte Behinderungsanzeigen abwehren zu können.<sup>40</sup>

Ansprüche auf Schadensersatz scheitern oftmals bereits dem Grunde nach, weil Behinderungsanzeigen gar nicht oder nur unzureichend ausgeführt werden. Eine Behinderungsanzeige muss folgenden formalen und inhaltlichen Anforderungen genügen:<sup>41</sup>

- Schriftform,
- richtiger Adressat für die Anzeige der Behinderung (i. d. R. der Auftraggeber als Vertragspartner),
- Beschreibung der hindernden Umstände (Behinderungsursache) unter Bezugnahme auf den realen Bauablauf (Behinderungsbeginn) und Zuordnung der Risikosphäre,
- Darstellung der durch die Behinderung betroffenen Leistungen (Umfang der Behinderung),
- Erläuterungen zu den bereits erkennbaren Auswirkungen der Behinderung,
- Angaben zu ergriffenen Maßnahmen der Schadensminderung.

In der Behinderungsanzeige muss dem Auftraggeber insbesondere der kausale Zusammenhang zwischen einer von ihm verursachten Störung und deren Auswirkungen in Form Mehrkosten verursachender Aktivitäten deutlich gemacht werden.<sup>42</sup> Dies darf jedoch nicht derart missverstanden werden, dass sich der Auftragnehmer nun bereits in der Behinderungsanzeige auf die voraussichtliche Behinderungsdauer oder die entstehende Schadenshöhe festlegen sollte. In der Behinderungsanzeige sollte sich nur der wirklich notwendige Inhalt wieder finden.

Neben der unverzüglichen Anzeige einer Behinderung sollte dem Auftraggeber unbedingt auch das Ende einer Behinderung schriftlich angezeigt werden. Nach § 6 Nr. 3 VOB/B ist der

---

<sup>40</sup> Vgl. Leitzke (2003), S. 104 ; Kraus (2000a), S. 218.

<sup>41</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 179 ff. ; Kraus (2000a), S. 218 ; Leitzke (2003), S. 102 ff. ; grundlegend: Urteil des BGH vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) ; eine sehr ausführliche Checkliste findet sich bei Leitzke (2004) S. 32 u. S. 39 ff.

<sup>42</sup> Leitzke (2006), S. 133, weist zutreffend darauf hin, dass an die Behinderungsanzeige jedoch keine höheren Anforderungen gestellt werden können, als an die prozessuale Substantiierung des Schadensersatzanspruchs. Ebenso Roquette/Laumann (2005), S. 1831 f.

Auftragnehmer verpflichtet, nach dem Wegfall der behindernden Umstände mit den Arbeiten umgehend fortzufahren und dies dem Auftraggeber mitzuteilen. Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs ist diese Mitteilung nicht, allerdings wird das Ende einer Behinderung als wesentlicher Bestandteil der Ermittlung der Behinderungsfolgen (insbesondere auch zur Feststellung der Dauer der Behinderung) benötigt. In der Praxis wird eine Anzeige des Wegfalls der behindernden Umstände zumeist unterlassen.<sup>43</sup>

### 2.3.3 Adäquat-kausaler Schadensnachweis

Nach § 6 Nr. 6 VOB/B steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Ersatz des *nachweislich* entstandenen Schadens zu. Für die Darlegung des Schadensersatzanspruchs muss der Nachweis des kausalen Zusammenhangs zwischen den behindernden Umständen, der hiervon betroffenen Leistung und den daraus resultierenden, tatsächlich entstandenen Mehrkosten erfolgen. Grundlage für diesen Nachweis ist der Vergleich des gestörten Bauablaufs mit der fortgeschriebenen, ungestörten Bauablaufplanung.<sup>44</sup>

Um Ansprüche durchsetzen zu können muss konkret dargelegt werden, welche Einzelbehinderung welche Verzögerung nach sich gezogen und wie sie sich, insbesondere bezüglich der Kosten, ausgewirkt hat. Die hierzu erforderliche bauablaufbezogene Darstellung setzt eine Gegenüberstellung aller Auswirkungen einer einzelnen Behinderung anhand des Soll- und Ist-Terminplans voraus und kann zu einer sehr umfangreichen Bauablaufanalyse führen.<sup>45</sup>

Für den adäquat-kausalen Schadensnachweis ist aus juristischer Sicht zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität zu unterscheiden.<sup>46</sup> Hierbei werden unter dem Begriff der haftungsbegründenden Kausalität die Störung sowie deren Folge, also die Behinderung, verstanden. Der durch die Behinderung entstandene Schaden fällt hingegen unter den Begriff der haftungsausfüllenden Kausalität (siehe Abbildung 2).

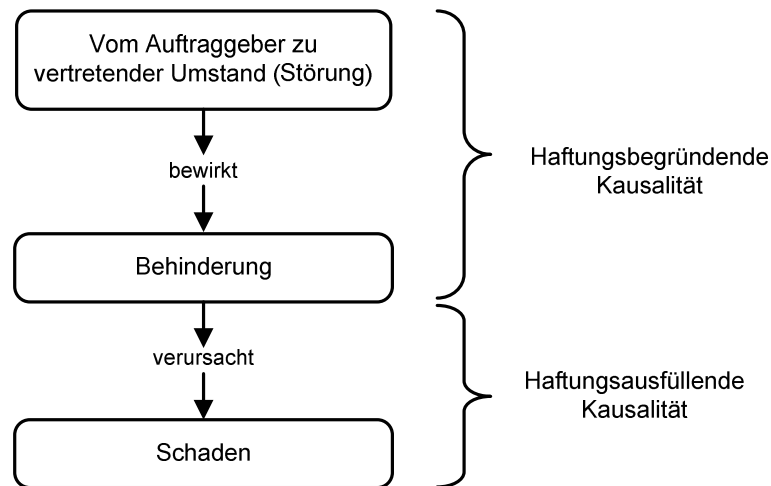
---

<sup>43</sup> Vgl. Leitzke (2003), S. 103.

<sup>44</sup> In der Literatur werden mehrere Bewertungsverfahren für den Schadensnachweis genannt, in denen unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt werden. Umfangreiche Analysen hierzu finden sich u. a. in Plum (1997) und Mitschein (1999).

<sup>45</sup> Die Darlegungsanforderungen an den Schadensnachweis wurden durch den BGH, Urteil vom 21.03.2002 (VII ZR 224/00) präzisiert. Insbesondere die Darlegung einer Behinderung aufgrund von Erfahrungssätzen und allgemeinen Hinweisen darauf wird – auch als Grundlage für eine Schätzung – abgelehnt (siehe auch Leitzke (2006), S. 133 f.).

<sup>46</sup> Vgl. Leitzke (2006), S. 123 ff.



**Abbildung 2:** Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität beim Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B<sup>47</sup>

Die Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität wurde durch den BGH mit einem Urteil vom 24.02.2005 getroffen (VII ZR 141/03). Demnach gelten unterschiedliche Maßstäbe an den Kausalitätsnachweis. Der Nachweis einer Behinderung – also die haftungsbegründende Kausalität – muss nach den Grundsätzen des § 286 ZPO ohne erleichternde Einschränkungen erfolgen. Demnach sind

- die Behinderungsursache,
- deren Dauer sowie
- der Behinderungsumfang

im Einzelnen nachzuweisen. Außerdem muss die Anzeige der Behinderung (siehe vorangegangenes Kapitel 2.3.2) oder die Offenkundigkeit von Störung und Störungsfolgen sowie die eigene Leistungsbereitschaft nachgewiesen werden.<sup>48</sup> Mit der Formulierung im Urteil des BGH vom 24.02.2005 (VII ZR 141/03), dass auch der *Umfang der Behinderung* vollständig nachweisen sei, kann nicht gemeint sein, dass auch das Ausmaß bzw. die Folgen der Behinderung in Form tatsächlicher Verlängerungszeiträume bzw. Mehrkosten nachgewiesen werden müssen. Die Folgen der Behinderung für die jeweiligen Leistungen bzw. Kapazitäten dürfen nämlich geschätzt werden, soweit *greifbare Anhaltspunkte* für eine Schätzung vorliegen.<sup>49</sup> Mit *Umfang der Behinderung* ist vom BGH offenbar gemeint, welche Leistungen von der Behinderung betroffen sind. Der konkrete Nachweis beschränkt sich also auf die Behinderung selbst, sowie die Darlegung des kausalen Zusammenhangs zwischen einer Behinderung und den hiervon betroffenen Leistungen bzw. Kapazitäten. Der Erfolg beim Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität hängt somit ganz wesentlich von der Qualität der Behinderungsanzeige ab.

<sup>47</sup> Abbildung entnommen aus Leitzke (2006), S. 131.

<sup>48</sup> Vgl. Kapellmann (2006), S. 13.

<sup>49</sup> Zu *greifbaren Anhaltspunkten* für eine richterliche Schätzung vgl. auch Roquette/Laumann (2005), S. 1839 f.



Die weiteren Folgen der Behinderung unterliegen dagegen der Beurteilung nach § 287 ZPO, d. h. sie sind einer Schätzung zugänglich, soweit sie nicht mehr zum Haftungsgrund gehören, sondern dem durch die Behinderung erlittenen Schaden und damit dem Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität zuzuordnen sind.<sup>50</sup> Nach Rechtsprechung des BGH darf der Zusammenhang zwischen Behinderung und benötigter Mehrzeit bzw. Mehrkosten sowie den Folgen für den weiteren Bauablauf auf Grundlage plausibler Annahmen geschätzt werden. Dies betrifft insbesondere die terminlichen Auswirkungen der Behinderung auf den Planungs- und Bauablauf und die tatsächlichen Vorhalte- und Einsatzzeiten der eingesetzten Kapazitäten.<sup>51</sup>

### 2.3.4 Umfang des Schadensersatzanspruchs

Der Umfang des zu ersetzenden Schadens bestimmt sich grundsätzlich nach § 249 ff. BGB. Demnach soll der Schadensersatz den Zustand wieder herstellen, „der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“

Der Schadensersatzanspruch ist nach der so genannten Differenztheorie aus dem Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage nach dem störenden Ereignis und der hypothetischen Vermögenslage, die ohne Störung bestünde, zu ermitteln.<sup>52</sup> Die Höhe einzelner Kosten muss konkret nachgewiesen werden. Eine abstrakte Schadensberechnung, wie beispielsweise nach dem Äquivalenzkostenverfahren, reicht als Grundlage nicht aus, auch nicht für eine gerichtliche Schadensschätzung nach § 287 ZPO.<sup>53</sup>

Anspruch besteht also nur auf Ersatz des nachweislich entstandenen, tatsächlichen Schadens. Schaden umfasst für den Auftragnehmer typischerweise im Wesentlichen<sup>54</sup>

- Stillstandskosten,
- zeitabhängige Mehrkosten,
- Allgemeine Geschäftskosten und
- Beschleunigungskosten.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 24.02.2005 (VII ZR 225/03) ; vgl. hierzu auch Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 690, Rdn. 1615 ; Leitzke (2006) S. 135 f. ; bereits früher auch Mitschein (1999), S. 51 ; Leineweber (2002), S. 140.

<sup>51</sup> Die relevanten Entscheidungen des BGH im Zusammenhang mit der Darlegungs- und Beweislast sind in Leitzke (2006), S. 123 ff. zusammengefasst. Eine tabellarische Übersicht über die für die Bauzeitproblematik relevanten Urteile des BGH der letzten 15 Jahre findet sich auch in Mechnig (2006), S. 13.

Leineweber/Kuhne/Kattenbusch (2005), S. 34, weisen darauf hin, dass durch die Rechtsprechung des BGH zur haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Kausalität zwar einige Unklarheiten bezüglich der vollständig nachzuweisenden und der zu schätzenden Anteile beseitigt wurden. Gleichzeitig werden jedoch weiterhin bestehende Nachweisschwierigkeiten bei hochgradig und mehrfach gestörten Bauabläufen gesehen. Zur Behandlung von Kausalitätsfragen bei Fällen, in denen mehrere Störungen den Bauablauf beeinflussen (insbesondere auch beiderseitig zu vertretende Störungen) siehe auch Duve/Richter (2006), S. 608 ff.

<sup>52</sup> Vgl. Kumlehn (2004), S. 28 ; Franz (2003), S. 109.

<sup>53</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 204 ff. grundlegend zum Urteil des BGH vom 20.02.1986 (VII ZR 286/84) hinsichtlich der Anwendbarkeit des Äquivalenzkostenverfahrens und S. 221 ff. zur Notwendigkeit der Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO. Siehe auch Roquette/Laumann (2005), S. 1829 ff. zu den notwendigen Grundlagen für eine Schadensschätzung.

<sup>54</sup> Vgl. Leineweber (2002), S. 135.

Allgemeine Geschäftskosten (AGK) können nach einem Urteil des OLG Düsseldorf als Teil des Schadens geltend gemacht werden, wenn sie durch eine Behinderung erhöht wurden und dies durch einen adäquat-kausalen Nachweis belegbar ist (OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.04.1987, 23 U 151/86).<sup>55</sup> Die Berücksichtigung Allgemeiner Geschäftskosten in der Schadensberechnung durch Bezuschlagung der direkten Schadenskosten mit dem üblicherweise als umsatzbezogenen Prozentsatz festgelegten Zuschlag für Allgemeine Geschäftskosten wirft jedoch Probleme auf. Es ist fraglich, ob eine prozentuale Bezuschlagung für den Auftragnehmer einen angemessenen tatsächlichen Ausgleich für seinen Schaden im Bereich seiner Allgemeinen Geschäftskosten darstellt.

Ein Anspruch auf entgangenen Gewinn ist nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Auftraggebers durchsetzbar.<sup>56</sup> Des Weiteren sind externe Kosten, wie z. B. Sachverständigenkosten, die im Zusammenhang mit der Dokumentation des Schadens oder des Kausalitätsnachweises der Behinderung entstehen, als Schaden anzusetzen. Bezüglich der Frage nach der Mehrwertsteuerpflicht auf Schadensersatzansprüche bestehen unterschiedliche Meinungen, da dem Schadensersatzanspruch anders als dem Vergütungsanspruch keine Leistung gegenübersteht. Eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu steht jedoch noch aus.<sup>57</sup>

## 2.4 Entschädigung gemäß § 642 BGB

Neben den Anspruchsgrundlagen der §§ 2 und 6 VOB/B kommt bei gestörten Bauabläufen seit der Entscheidung des BGH vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98)<sup>58</sup> auch § 642 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht. Der BGH befasste sich in seinem Urteil vom 21.10.1999 (Entscheidung „Vorunternehmer II“) grundsätzlich mit dem Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung wegen Behinderung durch verspätet fertig gestellte Vorgewerke. Eine Anwendung des § 642 BGB hinsichtlich des Gläubigerverzugs infolge einer mangelbedingt verzögerten Vorleistung wurde bis dahin auf der Grundlage eines Urteils des BGH vom 27.06.1985 (VII ZR 23/84) (Entscheidung „Vorunternehmer I“) mit der Begründung abgelehnt, dass es an einer gegenüber dem Nachunternehmer pflichtwidrig unterlassenen Mitwirkungshandlung fehle, weil die Herstellung einer mangelfreien Vorleistung nicht in den Verantwortungsbereich des Bestellers (Auftraggebers) falle und somit die Anwendung des § 642 BGB nicht zulässig sei.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> Diese Auffassung vertritt auch das OLG München in einem Urteil vom 09.11.1990 (23 U 4090/90) ; ebenfalls diese Auffassung vertreten z. B. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 622, und Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 332.

<sup>56</sup> Diese Haftungseinschränkung ist nach Auffassung von Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 643 f., nicht gerechtfertigt, da der Auftragnehmer gezwungen ist, seine Produktionsmittel vorzuhalten oder beispielsweise schadensmindernd einzusetzen. Ein Ausschluss der Gewinnerstattung verstieße gegen AGB-Recht und ist daher nach Meinung von Kapellmann (2006), S. 28 f., unwirksam.

<sup>57</sup> Vgl. u. a. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 225 f.

<sup>58</sup> Das BGH-Urteil vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) ist auch als Entscheidung „Vorunternehmer II“ bekannt. Als Entscheidung „Vorunternehmer I“ wird das Urteil des BGH vom 27.06.1985 (VII ZR 23/84) bezeichnet.

<sup>59</sup> Nach dem Wortlaut des BGB sind für die Vertragsparteien die Bezeichnungen Besteller und Unternehmer zu unterscheiden. In der vorliegenden Arbeit werden zur Benutzung einer einheitlichen Terminologie die Bezeichnungen Auftraggeber für Besteller und Auftragnehmer für Unternehmer verwendet. Die Begriffe Besteller und Unternehmer werden lediglich bei direkten Zitaten des BGB verwendet.

Im Urteil vom 21.10.1999 blieb der BGH auch weiterhin bei seiner Rechtsprechung, dass der Vorunternehmer regelmäßig nicht als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers nach § 278 BGB anzusehen ist. Im Gegensatz zum Urteil aus dem Jahr 1985 lässt die Entscheidung „Vorunternehmer II“ bei verzögerten Vorunternehmerleistungen nun jedoch § 642 BGB als Anspruchsgrundlage zu.<sup>60</sup> Ansprüche aus Bauablaufstörungen aufgrund nicht rechtzeitig fertig gestellter Vorunternehmerleistungen oder aus vergleichbaren Gründen waren vorher für den Auftragnehmer so gut wie nicht durchsetzbar, da in der Regel aufgrund des Fehlens einer Anordnung oder eines Verschuldens keine Anspruchsgrundlage zur Verfügung stand.

Durch das Unterlassen einer für das Erstellen der Leistung erforderlichen und dem Auftraggeber obliegenden Mitwirkungshandlung kann dieser in den Verzug der Annahme einer ihm angebotenen Leistung geraten (so genannter Gläubigerverzug). Sollte die Leistungserbringung dadurch behindert sein, ist für ein ordnungsgemäßes Angebot bei VOB-Verträgen nach Ansicht des BGH eine entsprechende Behinderungsanzeige gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B zur Wahrung des Anspruchs nach § 642 BGB auf eine angemessene Entschädigung zwingend notwendig.<sup>61</sup>

Die Berechnung einer angemessenen Entschädigungshöhe ist laut § 642 BGB Abs. 2 abhängig von der Dauer des Verzugs und der vereinbarten Vergütung. Anrechnen lassen muss sich der Auftragnehmer jedoch die ersparten Aufwendungen und anderweitigen Erwerb. Auf die Berechnung der Höhe eines Entschädigungsanspruchs wird in Kapitel 3.3 im Detail eingegangen.

In Tabelle 3 sind Anspruchsgrundlage, Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen für einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB zusammengestellt. In den anschließenden Kapiteln werden einzelne rechtliche Aspekte des Entschädigungsanspruchs eingehend behandelt.

	Entschädigung
<b>Anspruchsgrundlage</b>	§ 642 BGB
<b>Anspruchs- voraussetzungen</b>	Unterlassene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers Annahmeverzug des Auftraggebers Behinderungsanzeige
<b>Rechtsfolgen</b>	Anspruch auf angemessene Entschädigung (nach Dauer des Verzugs und Höhe der vereinbarten Vergütung, abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs) Kein Anspruch auf Wagnis und Gewinn

**Tabelle 3:** Anspruchsgrundlage, Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Entschädigungsanspruchs gemäß § 642 BGB<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Vgl. u. a. Kraus (2000b), S. 1107.

<sup>61</sup> siehe Urteilsbegründung des BGH, Urteil vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) ; vgl. hierzu u. a. auch Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 231 ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 705 f. ; Kraus, (2000b), S. 1107.

<sup>62</sup> Vgl. Franz (2003), S. 110 f.

### 2.4.1 Mitwirkungshandlung des Auftraggebers

Das Unterlassen einer Mitwirkungshandlung stellt nach dem BGB keine Verletzung einer Vertragspflicht, sondern die Verletzung einer Obliegenheit dar.<sup>63</sup> Durch die Verletzung einer Obliegenheit gerät der Auftraggeber nicht in Schuldnerverzug, sondern nur in Gläubigerverzug. Dies ist ein wichtiger Unterschied zum Schadensersatzanspruch, denn beim Schadensersatzanspruch muss die schuldhafte Verletzung einer Vertragspflicht vorliegen. Jede unter § 6 Nr. 6 VOB/B fallende Pflichtverletzung ist allerdings gleichzeitig durch die Anspruchsgrundlage nach § 642 BGB abgedeckt, da geschuldete Vertragspflichten ebenso erforderliche Handlungen zur Herstellung des Werkes sind. Darüber hinaus sind aber durch § 642 BGB auch solche Mitwirkungshandlungen abgedeckt, die nicht vertraglich vereinbart wurden und damit ausschließlich Obliegenheit sind.<sup>64</sup>

Vertragspflichten können entweder ausdrücklich vertraglich vereinbart sein oder sich aus den gesetzlichen Vorschriften ergeben.<sup>65</sup> Die Erfüllung von Vertragspflichten ist zwingend und kann eingeklagt werden.<sup>66</sup> Die Erfüllung von Obliegenheiten, die ein Ausführen der Leistung ermöglichen, liegt hingegen im Ermessen des Auftraggebers. Die unterlassene Mitwirkungshandlung als Obliegenheitsverletzung kann dementsprechend nicht eingeklagt werden, der Auftragnehmer hat lediglich Anspruch auf die vereinbarte Bezahlung.<sup>67</sup>

Die Mitwirkungspflicht seitens des Auftraggebers besteht grundsätzlich darin, das Grundstück für die Leistung des Auftragnehmers aufnahmebereit zur Verfügung zu stellen und zwar nicht nur zu Beginn, sondern auch während der Durchführung einer Baumaßnahme. Die Anspruchsgrundlage § 642 BGB lässt sich also nicht nur bei Behinderungen infolge verzögerter Vorunternehmerleistungen anwenden, sondern auch bei sonstigen Behinderungen, die sich aus fehlender Mitwirkungshandlung des Auftraggebers ergeben.<sup>68</sup>

Zur Herstellung des Bauwerks notwendige Mitwirkungshandlungen können ausdrücklich im Vertrag geregelt sein. Sie können sich jedoch auch aus dem Vertrag ergeben, ohne dass sie dort ausdrücklich geregelt sind, sich aus der VOB/B ableiten oder sich aus der Natur der Sache ergeben. Neben der Erfüllung der Koordinierungspflicht durch den Auftraggeber sind vor allem Mitwirkungshandlungen von Bedeutung, die sich auf rechtzeitige und mangelfreie Bereitstellung von Leistungen bzw. rechtzeitige Entscheidungen des Auftraggebers beziehen.<sup>69</sup>

- Bereitstellung des baureifen Grundstücks mit rechtlicher und tatsächlicher Bebauungsfähigkeit für die jeweils zu erbringende Bauleistung.

<sup>63</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 545, zum BGH-Urteil vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98).

<sup>64</sup> Vgl. Boldt (2006), S. 185 ff.

<sup>65</sup> Vgl. Thode (2004), S. 220 ; siehe hierzu auch die Ausführung in Kapitel 2.3.1 zur Verletzung von Vertragspflichten beim Schadensersatz.

<sup>66</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 231 ff. ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 546.

<sup>67</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 545 ff. und S. 572 f.

<sup>68</sup> Vgl. Franz (2003), S. 118 ; Kumlehn (2004), S. 28.

<sup>69</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 642, Rdn. 11 ; Zur Diskussion hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Mitwirkungs- und Vertragspflichten vgl. u. a. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 232 f., Rdn. 315 f. ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 545 ff., Rdn. 1278 ff.

- Überlassung der Baugenehmigung und aller sonst erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen.
- Lieferung der jeweils notwendigen Pläne und Zeichnungen.
- Lieferung der baustellenseitig zu stellenden Baumaterialien.
- Entscheidung über die Ausführung von Alternativen und Bemusterungen, die vertraglich noch offen gelassen wurden.
- Fertigstellung von Vorunternehmerleistungen, die Voraussetzung für Leistungen des Nachfolgeunternehmers sind (z. B. Estrich für Parkettleger, Gründungsarbeiten für Rohbau).

Die genannten Mitwirkungshandlungen können nicht nur anspruchsbegründend sein, wenn sie vom Auftraggeber gar nicht, sondern auch wenn sie nicht ausreichend durchgeführt werden.<sup>70</sup> Das Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkungshandlung durch den Auftraggeber muss allerdings nicht zwangsläufig zu einer Behinderung führen.

Sofern zu den oben genannten Punkten keine eindeutigen vertraglichen Vereinbarungen getroffen wurden und damit keine Verletzung einer Vertragspflicht des Auftraggebers vorliegt oder keine Anordnungen im Sinne von § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B getroffen wurden, kommt im Übrigen ausschließlich ein Entschädigungsanspruch in Betracht. Eine Schadensersatzforderung und eine geänderte oder zusätzliche Vergütung sind ausgeschlossen, da die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.

#### **2.4.2 Annahmeverzug**

Die Anspruchsgrundlage des § 642 BGB setzt nach unterlassener Mitwirkungshandlung des Auftraggebers voraus, dass der Auftragnehmer die Leistung ordnungsgemäß anbietet und der Auftraggeber dieses Angebot nicht annimmt oder nicht annehmen kann. Erst dadurch gerät der Auftraggeber in den nach § 642 BGB vorausgesetzten Annahmeverzug (Gläubigerverzug nach § 293 BGB).

Das Anbieten der Leistung durch den Auftragnehmer kann durch ein tatsächliches Angebot (§ 294 BGB) oder durch ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) erfolgen.<sup>71</sup> Ein wörtliches Angebot kann dadurch zustande kommen, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber auffordert, eine Mitwirkungshandlung vorzunehmen, der Gläubiger hingegen erklärt, die Leistung nicht anzunehmen bzw. die entsprechende Mitwirkungshandlung nicht zu erbringen. Es kann für ein wörtliches Angebot auch genügen, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter auf der Baustelle bereithält und kenntlich gemacht wird, dass er zur Leistungserbringung in der Lage ist (BGH, Urteil vom 19.12.2002, VII ZR 440/01).<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 642, Rdn. 21.

<sup>71</sup> Vgl. Kniffka/Koeble (2004), S. 406, Franz (2003), S. 119.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu auch Leitzke (2004), S. 18 f.

Ebenso kann das Angebot der Leistung durch die Behinderungsanzeige nach § 6 Nr. 1 VOB/B erfolgen oder inhaltlich damit verknüpft werden, da die Anzeige der behindernden Umstände nach Rechtsprechung des BGH zur Sicherung dieser Anspruchsgrundlage notwendig ist.<sup>73</sup> Die Darlegungs- und Beweislast des Annahmeverzugs und dessen Dauer liegt beim Auftragnehmer. Hierbei sind die Grundsätze zu beachten, die auch im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 6 Nr. 6 VOB/B gelten.<sup>74</sup>

Ein Angebot des Auftragnehmers ist entbehrlich, wenn der Zeitpunkt einer Mitwirkungshandlung nach dem Kalender bestimmt ist oder sich nach dem Kalender berechnen lässt (§ 296 BGB). Die vertragliche oder nachträgliche Vereinbarung entsprechender Termine (z. B. in Baustellenbesprechungen), insbesondere hinsichtlich der Ausführung von Vorunternehmerleistungen, erleichtert die Einhaltung der Anspruchsvoraussetzungen, da in diesem Fall kein tatsächliches oder wörtliches Angebot notwendig ist.<sup>75</sup>

Das ordnungsgemäße Angebot einer Leistung setzt voraus, dass der Schuldner leisten darf und zur Leistung bereit ist.<sup>76</sup> Personal und Gerät müssen also tatsächlich zur Verfügung stehen und die äußeren Umstände, wie beispielsweise Witterung, dürfen einer Ausführung nicht grundsätzlich im Wege stehen. Außerdem muss die Leistung in der Form und zu dem Zeitpunkt angeboten werden, in der sie nach dem Vertrag auszuführen ist.<sup>77</sup>

Der Annahmeverzug ist beendet, wenn der Auftraggeber die entsprechende Mitwirkungshandlung vornimmt und die vereinbarte und angebotene Leistung annehmen kann.

### 2.4.3 Behinderungsanzeige

Nach § 642 BGB ist eine Behinderungsanzeige für die Sicherung der Anspruchsgrundlage nicht explizit gefordert. Trotzdem hat der BGH in seiner Entscheidung „Vorunternehmer II“ (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98) eine ordnungsgemäße Behinderungsanzeige zur Voraussetzung erklärt, um Entschädigungsansprüche bei einem VOB-Vertrag geltend machen zu können. Die Entscheidung des BGH, auch im Entschädigungsfall eine Behinderungsanzeige entsprechend § 6 Nr. 1 VOB/B zu fordern, ist umstritten.<sup>78</sup>

Auch bei einem Entschädigungsanspruch dient die vorausgehende Behinderungsanzeige der Informations-, Warn- und Schutzpflicht des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber. Die Begründung für die Forderung einer Behinderungsanzeige liegt darin, dass nicht jede unterlassene Mitwirkungshandlung zu einem Annahmeverzug führen muss. Außerdem muss sich der Auftraggeber bewusst sein, dass er sich im Annahmeverzug befindet (siehe Ausführungen Kapitel 2.4.2).

<sup>73</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 233, Rdn. 318 ; Ausführungen zur Notwendigkeit einer Behinderungsanzeige im Rahmen des § 642 BGB folgen im Kapitel 2.4.3.

<sup>74</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 642, Rdn. 62 ff.

<sup>75</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 234.

<sup>76</sup> Vgl. Kraus, (2000b), S. 1107.

<sup>77</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 642, Rdn. 14 ff.

<sup>78</sup> Vgl. hierzu vor allem Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 602.

Die Behinderungsanzeige hat daher dieselben Kriterien wie bei einem Schadensersatzanspruch zu erfüllen (siehe Kapitel 2.3.2 zu den Anforderungen und Inhalten einer Behinderungsanzeige). Der Auftraggeber muss über Beginn, Ursache und Umfang der Behinderung informiert werden und damit die Möglichkeit erhalten, Maßnahmen zur Beseitigung der behindernden Umstände zu ergreifen oder im Zweifel Beweise für eine Abwehr des Entschädigungsanspruchs zu sammeln.<sup>79</sup>

Mit einer entsprechenden Behinderungsanzeige auch beim Anspruch nach § 642 BGB trägt der Auftragnehmer dafür Sorge, dass der Auftraggeber sich seines Annahmeverzugs bewusst ist, die zugrunde liegende unterlassene Mitwirkungshandlung nachholen kann und der zu entschädigende Betrag möglichst gering gehalten wird. Insofern kann die Behinderungsanzeige als Voraussetzung für einen Anspruch nach § 642 BGB auch als Teil der Kooperationspflicht der Vertragsparteien gesehen werden.<sup>80</sup>

#### 2.4.4 Umfang der Entschädigung

Für den Umfang der Entschädigung nach § 642 BGB sind zunächst die Dauer des Verzugs und die vereinbarte Vergütung maßgeblich. Die Dauer des Verzugs steht hierbei für die Dauer des Annahmeverzugs (Gläubigerverzug). Aus der Formulierung des Paragraphen, dass sich die Entschädigung „nach der Dauer des Verzugs“ bemisst, lässt sich jedoch ableiten, dass die Dauer des Annahmeverzugs nur ein Aspekt bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung ist. Entscheidend sind auch die zeitlichen Auswirkungen, die aus dem Annahmeverzug resultieren und die, ebenso wie beim Schadensersatz, durch eine bauablaufbezogene Darstellung der Behinderung und ihrer Folgen ermittelt werden müssen.<sup>81</sup>

Da die Entschädigung unabhängig von einem Verschulden ist und sich die Anspruchshöhe nach der vereinbarten Vergütung richtet, gilt sie als Anspruch mit Vergütungscharakter und ist ebenso wie die Bestimmung einer Vergütung für modifizierte Leistungen auf der Basis der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage zu bestimmen.<sup>82</sup> Im Gegensatz zur Schadensberechnung nach § 6 Nr. 6 VOB/B brauchen also keine tatsächlichen Kosten festgestellt und anhand von Rechnungsbelegen o. Ä. nachgewiesen werden. Stattdessen ist die vom Auftragnehmer verwendete Preisermittlungsgrundlage anhand der Vertragskalkulation und mit Hilfe sonstiger geeigneter Dokumente für die Bewertung störungsbedingter Mehrkosten heranzuziehen. Folglich ist der Auftragnehmer an das Vertragspreisniveau gebunden, mit für ihn

<sup>79</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 236.

<sup>80</sup> Vgl. Boldt (2006), S. 186 ; Nach Boldt (2006), S. 190 (mit Hinweis auf Werner/Pastor (2002), S. 935, Rdn. 1836), wird diese Anzeigepflichtung „als allgemeine, leistungssichernde Nebenpflicht bei einem BGB-Bauvertrag angesehen, die sich aus Treu und Glauben ergebe.“

<sup>81</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 642, Rdn. 55 f. ; Boldt (2006), S. 193 f.

<sup>82</sup> Zur Auffassung der Entschädigung als vergütungsähnlicher bzw. vergütungsgleicher Anspruch vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 706 f. ; Vygen/Schubert/Lang, (2002), S. 236 ff. ; weitere Kommentaranweise in Boldt (2006), S. 193.

positiven wie auch negativen Auswirkungen. Ebenso wie bei der Vergütungsberechnung sind allerdings Ausnahmen von der Bindung an den alten Preis möglich.<sup>83</sup>

Von den ermittelten Mehrkosten ist abzuziehen, was der Auftragnehmer an Aufwendungen erspart oder anderweitig erwerben kann.<sup>84</sup> Die Ermittlung der ersparten Aufwendungen bezieht sich hierbei in der Regel auf zu ersparende Anteile der ermittelten direkten Mehrkosten. Vom Anspruch abzuziehen ist auch, was durch den Auftraggeber anderweitig erworben werden kann. Der anderweitige Erwerb wird allerdings unter Umständen auf einer anderen Baustelle erwirtschaftet, also in einem von der gestörten Baumaßnahme unabhängigen Vertragsverhältnis. Verrechnungssätze für Personal und Gerät können voneinander abweichen und die Randbedingungen für den Einsatz können anders sein als ursprünglich auf der geplanten Baustelle vereinbart.

Der Entschädigungsanspruch umfasst laut BGH-Urteil nicht entgangenen Gewinn und Wagnis (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98), obwohl zur vereinbarten Vergütung unzweifelhaft Wagnis und Gewinn zählen. Gerade in diesem Punkt ist das BGH-Urteil sehr umstritten.<sup>85</sup>

Auf die detaillierte Ermittlung der Dauer des Verzugs, der vereinbarten Vergütung, ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs bei der Ermittlung der Entschädigungshöhe sowie die dabei auftretenden Probleme wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit umfassend eingegangen. Es sei hier insbesondere auf die Kapitel 3.3 zur Ermittlung der Entschädigungshöhe und Kapitel 4 zur Darstellung der Probleme einer Entschädigungsberechnung an einem Beispiel verwiesen.

## 2.5 Wahlmöglichkeit der Anspruchsgrundlage

Wie oben erläutert, wurde mit der Entscheidung des BGH vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) im VOB-Vertrag für den Fall mangelhafter Vorunternehmerleistungen § 642 BGB als Anspruchsgrundlage neben dem Schadensersatzanspruch zugelassen. Der § 6 Nr. 6 VOB/B verdrängt den § 642 BGB laut BGH nicht, weil es sich bei der Schadensersatzregelung der VOB/B um keine abschließende Regelung für zu Verzögerungen führende Leistungsstörungen handele. Nach dieser Rechtsprechung wird also § 642 BGB nicht durch die Regelung nach § 6 Nr. 6 VOB/B ersetzt, sondern ergänzt.<sup>86</sup> Der § 642 BGB ist nicht nur bei

---

<sup>83</sup> Aufgrund der Unterscheidung zwischen konkretem Schaden und dem, was als Vergütung vereinbart war, ergibt sich allerdings für Kniffka (2006), § 642, Rdn. 6, dass die Anspruchshöhe einer Entschädigung nicht identisch mit einer Schadensersatzforderung sein kann, weil fehlende Mitwirkung als Verletzung von Gläubigerobliegenheiten nicht zum vollständigen Ausgleich der dem Auftragnehmer daraus entstandenen Nachteile führen kann.

<sup>84</sup> Dies lehnt sich eng an den Vergütungsanspruch bei grundloser Kündigung des Vertrags durch den Auftraggeber an (§ 649 BGB bzw. § 8 Nr. 1 VOB/B), wobei nach § 642 BGB unterlassener anderweitiger Erwerb nicht von der Böswilligkeit des Auftragnehmers (Unternehmers) abhängt. Vgl. hierzu auch Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 236 ; Boldt (2006), S. 198 f.

<sup>85</sup> Vgl. hierzu Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 708 ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1714 ; Boldt (2006), S. 196 ff. ; Vygen/Schubert/Lang (2002); S. 27 f. ; Auch Kniffka (2006), § 642, Rdn. 57 ff., erkennt an, dass es nach § 642 BGB keine Anhaltspunkte für eine zwingende Herausrechnung des Gewinnanteils gibt.

<sup>86</sup> Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam (2003), S. 960 f. ; Leineweber (2002), S. 119.



Behinderungen infolge verzögerter Vorunternehmerleistungen als Anspruchsgrundlage anwendbar, sondern auch bei sonstigen Behinderungen, die sich aus fehlender Mitwirkungshandlung des Auftraggebers ergeben. In der Baupraxis zeigt sich daher, dass nach dem BGH-Urteil vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) von der Möglichkeit der Geltendmachung einer Entschädigung nach § 642 BGB vermehrt Gebrauch gemacht wird und Schadensersatzansprüche gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B zunehmend in den Hintergrund treten.

Damit ergibt sich allerdings die Situation, dass aufgrund derselben Störung unter Umständen verschiedene Anspruchsgrundlagen herangezogen werden können. Entscheidend für die Wahl der Anspruchsgrundlage sind die jeweiligen Voraussetzungen.<sup>87</sup> Als Anspruchsgrundlage bietet sich demnach § 642 BGB insbesondere als Alternative zu der Anspruchsgrundlage § 6 Nr. 6 VOB/B an, da die Anspruchsvoraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch wesentlich leichter zu erfüllen sind als für einen Schadensersatzanspruch, der das Verschulden des Auftraggebers voraussetzt. Der Auftragnehmer wird also in logischer Konsequenz die Anspruchsgrundlage wählen, deren Voraussetzungen erfüllt bzw. erfüllbar sind und/oder durch die er sich eine maximale Erstattung seiner Mehrkosten verspricht.<sup>88</sup>

Fraglich ist jedoch, ob für den Auftragnehmer tatsächlich eine freie Wahlmöglichkeit bezüglich der Anspruchsgrundlage besteht. THODE weist darauf hin, dass die gerichtliche Durchsetzung von Mehrkostenansprüchen nur dann Aussicht auf Erfolg hat, wenn „[...] aufgrund einer sorgfältigen Sachverhaltsanamnese [dem] jeweiligen Störfall [die] richtige Anspruchsgrundlage zugeordnet und [der] Klagevortrag entsprechend konzipiert [wird].“<sup>89</sup> Weiterhin schließt THODE eine Konkurrenz der Anspruchsgrundlagen zur Vergütungs-, Schadensersatz- oder Entschädigungsermittlung aus, da das Zugeständnis, „[...] dass dem Auftragnehmer aufgrund des selben Sachverhalts und der selben anspruchsbegründenden Tatsache wahlweise ein Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B und aus § 6 Nr. 6 VOB/B oder aus § 642 BGB zusteht, ein mit der Systematik des BGB und den an dieser Systematik orientierten Regelungen der VOB/B unvereinbares Ergebnis [sei].“<sup>90</sup>

Hinsichtlich einer möglichen Anspruchskonkurrenz zwischen den Anspruchsgrundlagen überwiegt in der baurechtlichen Literatur entgegen der geltenden Rechtsprechung des BGH die Meinung, dass § 642 BGB im Rahmen eines VOB-Vertrags durch § 6 Nr. 6 VOB/B als Spezialvorschrift verdrängt werde, da ansonsten die Systematik der VOB/B gestört sei. Entsprechend wird das BGH-Urteil „Vorunternehmer II“ vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) kritisiert.<sup>91</sup> Der parallele Anspruch auf Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B und Vergütung nach § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B, der in bestimmten Konstellationen durchaus auftreten

<sup>87</sup> So z. B. ausführlich dargelegt in: Leineweber (2002), S. 107 ff. ; Franz (2003), S. 107 ff.

<sup>88</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 706.

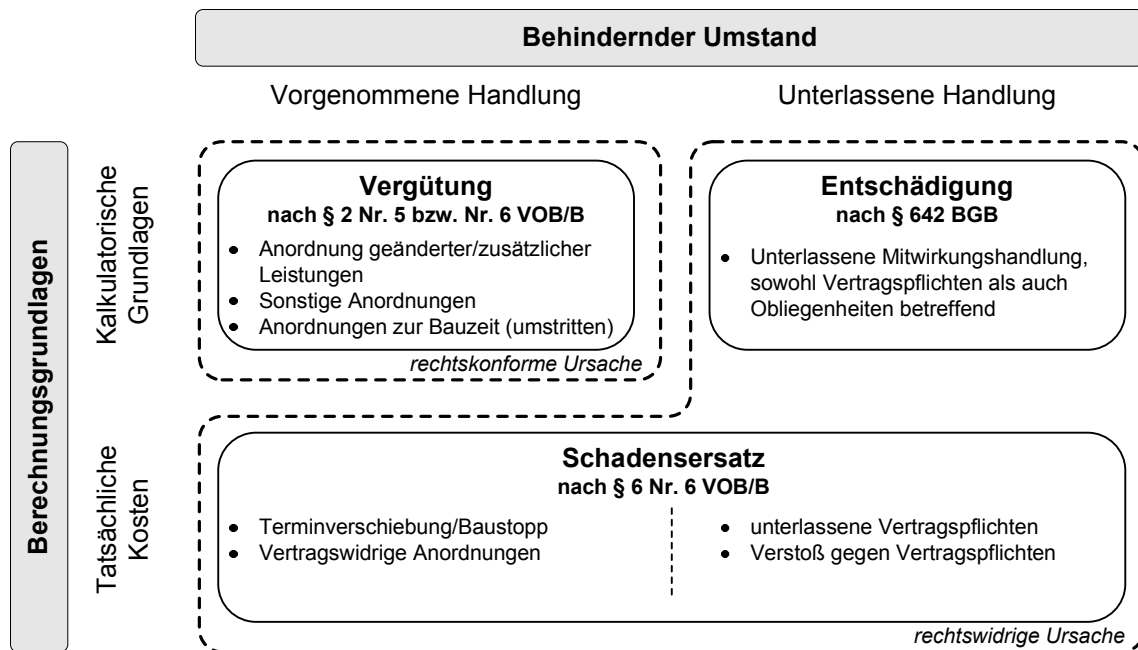
<sup>89</sup> Thode (2004), S. 214.

<sup>90</sup> Thode (2004), S. 225.

<sup>91</sup> Vgl. u. a. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 595 ; Ingenstau/Korbion (2004) ; Heiermann/Riedl/Rusam (2003), S. 960.

kann, wird hingegen keineswegs ausgeschlossen, da es sich hier um eine Anspruchskonkurrenz innerhalb derselben Regelungssystematik handele.<sup>92</sup>

Zur Verdeutlichung der Beziehungen der Anspruchsgrundlagen zur Vergütung, Schadensersatz und Entschädigung sind diese in Abbildung 3 hinsichtlich des bauablaufstörenden Ereignisses (also der anspruchsbegründenden Handlung) und der Berechnungsgrundlagen für einen Mehrkostenanspruch eingeordnet.<sup>93</sup>



**Abbildung 3:** Anspruchsgrundlagen für die Ermittlung von Mehrkostenansprüchen hinsichtlich des behindernden Umstands und der Berechnungsgrundlagen

Ein Vergütungsanspruch entsteht aufgrund einer vertragskonformen Anordnung des Auftraggebers für geänderte oder zusätzliche Leistungen. Der Auftraggeber modifiziert also bewusst die vereinbarte Leistung und kann dabei nicht davon ausgehen, dass dies ohne finanzielle Folgen bleibt. Die finanziellen Folgen sind jedoch insoweit einschätzbar, als dass eine Vereinbarung über den neuen Preis auf kalkulatorischen Grundlagen zu ermitteln ist und vor Ausführung vereinbart werden sollte bzw. anzukündigen ist. Liegt eine Anordnung vor, so gilt § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B und die Mehrkosten sind nach der vertraglich vereinbarten Preisermittlungsgrundlage zu ermitteln.

Wie in Abbildung 3 dargestellt, setzt ein Entschädigungsanspruch gerade das Unterlassen einer Handlung des Auftraggebers voraus, also ein genau gegensätzliches Verhalten des Auftraggebers als beim Vergütungsanspruch. Dass ein Unterlassen einer Handlung implizit als Anordnung oder andersherum gar eine Anordnung als unterlassene Handlung gedeutet werden kann, ist nicht anzunehmen.<sup>94</sup> Für den Nachweis der Anspruchshöhe würde eine Wahl

<sup>92</sup> Vgl. hierzu Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 607 ; Wahlrecht des Anspruchstellers hinsichtlich § 6 und § 2 VOB/B wird auch vertreten von Sturmberg/Steinbrecher (2001), S. 65.

<sup>93</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 573 ff. ; Schröder (2003), S. 11 ff.

<sup>94</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 706, Rdn. 1648 ; Langen/Schiffers (2005), S. 834, Rdn. 2532.

zwischen Vergütung und Entschädigung keine Vorteile bringen, da beide Ansprüche anhand kalkulatorischer Grundlagen aufzubauen sind (siehe Kapitel 3).<sup>95</sup> Durch die Trennung zwischen Vergütungs- und Entschädigungsanspruch hinsichtlich der bewusst vorgenommenen und der unterlassenen Handlung besteht keine Konkurrenz dieser Anspruchsgrundlagen.

Ein Schaden kann vom Auftraggeber sowohl durch bewusstes, allerdings vertragswidriges Eingreifen in den Bauablauf als auch durch das Unterlassen einer durch ihn vertraglich geschuldeten Handlung verursacht werden. Bei dem bewussten Eingriff in den zeitlichen Ablauf der Baumaßnahme wäre ein Schadensersatzanspruch insbesondere dann denkbar, wenn davon ausgegangen wird, dass sich das Anordnungsrecht des Auftraggebers nicht auf Anordnungen zur Bauzeit erstreckt.<sup>96</sup> Die somit möglicherweise vorhandene Ansruchskonkurrenz von Vergütung und Schadensersatz soll hier nicht weiter verfolgt werden.

Für den Fall einer unterlassenen Handlung des Auftraggebers ist eine Konkurrenz der Anspruchsgrundlagen § 6 Nr. 6 VOB/B und § 642 BGB festzustellen, sofern es sich bei der unterlassenen Handlung um die Verletzung von Vertragspflichten handelt. Die unter § 6 Nr. 6 VOB/B fallende Verletzung einer Vertragspflicht fällt somit automatisch auch unter § 642 BGB.<sup>97</sup> Während dem Auftraggeber aber für einen Schadensersatzanspruch ein Verschulden nachzuweisen ist, kommt es für einen Entschädigungsanspruch nur auf das Unterlassen einer Mitwirkungshandlung und den darauf folgenden Annahmeverzug an. Ist demnach ein Verschulden des Auftraggebers nachweisbar, kann tatsächlich zwischen der Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatz und für eine Entschädigung gewählt werden.

Der anhand kalkulatorischer Grundlagen durchzuführende Nachweis einer Entschädigung stellt allerdings gewisse Anforderungen an die Preisermittlungsgrundlage, insbesondere an Umfang und Detaillierung, die in der Praxis selten erfüllt werden. Darüber hinaus sind für den Auftragnehmer die gegebenenfalls unauskömmlichen Preise der Kalkulation auch bei der Entschädigungsberechnung maßgebend. Beim Schadensersatz können hingegen alle nachweisbaren Mehrkosten in voller Höhe geltend gemacht werden. Schließlich ist nach Rechtsprechung des BGH bei der Entschädigung auch kein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns möglich, wenngleich dieser Aspekt des Urteils (BGH, Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98) mittlerweile auch anders interpretiert wird.<sup>98</sup>

Unter der Voraussetzung, dass der Nachweis dem Grunde nach sowohl für einen Schadensersatz als auch für eine Entschädigung erbracht werden kann, ist es also für den Auftragnehmer wichtig, einzuschätzen, ob ein Entschädigungsnachweis auf kalkulatorischen

---

<sup>95</sup> Lediglich hinsichtlich des zu beaufschlagenden Wagnis und Gewinns würden sich hier Unterschiede ergeben. Siehe hierzu auch die Anmerkungen in Kapitel 2.4.4 und Fn. 85.

<sup>96</sup> Das Anordnungsrecht des Auftraggebers zur Bauzeit ist derzeit Thema rechtlicher Diskussionen, wie bereits in Kapitel 2.2.1 dargelegt wurde.

<sup>97</sup> Vgl. Zepp (2006), S. 7.

<sup>98</sup> Vgl. Kapitel 2.4.4.

Grundlagen gegenüber dem konkreten Schadensnachweis eine sinnvolle Alternative ist.<sup>99</sup> Von entscheidender Bedeutung ist hierfür die Konstellation von vereinbarter Vergütung und tatsächlichem Aufwand, die im Einzelfall untersucht werden muss, so dass eine pauschale Vorteilhaftigkeit des vergütungsähnlichen Entschädigungsanspruchs nicht festgestellt werden kann.<sup>100</sup> Dabei ist noch weitgehend ungeklärt, was im Einzelnen Gegenstand der Entschädigungsforderung des Auftragnehmers ist und wie die Höhe einer Entschädigung im Detail bestimmt werden muss.<sup>101</sup>

## 2.6 Gegenüberstellung der Anspruchsgrundlagen

Die Untersuchung der Anspruchsgrundlagen § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B für eine Vergütung, § 6 Nr. 6 VOB/B für einen Schadensersatz und § 642 BGB für eine Entschädigung hat gezeigt, dass sich die nachzuweisenden Anspruchsgrundlagen deutlich unterscheiden. So bedarf es als Voraussetzung für einen Anspruch auf geänderte Vergütung lediglich einer Anordnung des Auftraggebers. Für einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung muss der Auftragnehmer seinen Anspruch außerdem vorher ankündigen. Die Höhe des Mehrkostenanspruchs ist für die Vergütung kalkulatorisch anhand der Grundlagen des Preises bzw. der Preisermittlung zu bestimmen.

Verstößt der Auftraggeber schuldhaft gegen vertraglich festgelegte Vereinbarungen, so kann der Auftragnehmer für den ihm daraus entstehenden Schaden Ersatz geltend machen. Voraussetzung der Anspruchsgrundlage ist, dass dem schuldhaften Verletzen einer Vertragspflicht des Auftraggebers eine Behinderung folgt, die Behinderung dem Auftraggeber umgehend angezeigt wird und tatsächlich ein Schaden entsteht. Anspruch besteht für den Auftragnehmer nur auf konkret nachweisbaren Schaden, dessen Zusammenhang mit der Behinderung hinreichend kausal zu begründen ist.

Für die Geltendmachung von Mehrkosten auf der Grundlage einer Entschädigung nach § 642 BGB muss der Auftraggeber nicht schuldhaft gegen Pflichten verstoßen haben. Es genügt bereits das Unterlassen einer zur Erstellung des Bauwerks notwendigen Mitwirkungshandlung, in deren Folge es zu einem Annahmeverzug des Auftraggebers kommt, weil er die durch den Auftragnehmer angebotene Leistung nicht annehmen kann. Allerdings muss die Behinderung wie beim Schadensersatz dem Auftraggeber umgehend angezeigt werden. Schuldhafte Unterlassungen vertraglicher Pflichten – für die auch ein Schadensersatzanspruch durchsetzbar wäre – sind hiermit ebenso abgedeckt. Für diese Fälle besteht somit die Möglichkeit der Auswahl zwischen den Anspruchsgrundlagen für einen Schadensersatz oder Entschädigungsanspruch. Insbesondere können mit Hilfe des § 642 BGB Mehrkosten geltend gemacht werden, die durch unzureichende Koordination der Vorunternehmer und daraus

---

<sup>99</sup> Die pauschale Aussage, dass aufgrund einer quasi immer gegebenen Möglichkeit, statt des konkreten Schadensnachweises einen Nachweis auf kalkulatorischen Grundlagen für Vergütung oder Entschädigung zu führen, die Anspruchsgrundlage § 6 Nr. 6 VOB/B „tot“ sei (Genschow/Stelter (2004), S. 143), ist zu undifferenziert.

<sup>100</sup> Vgl. Langen/Schiffers (2005), S. 830, Rdn. 2524.

<sup>101</sup> Vgl. Thode (2004), S. 221 ; Boldt (2006), S. 192 mit Verweis auf Thode.

resultierender Verzögerungen entstehen. Bis zum BGH-Urteil „Vorunternehmer II“ vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) stand dem Auftragnehmer in solchen Fällen keine Anspruchsgrundlage zur Verfügung. Für die Ermittlung der Höhe der Entschädigung muss die Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags herangezogen werden, d. h. wie bei der Vergütung erfolgt die Mehrkostenermittlung anhand kalkulatorischer Grundlagen.

In Tabelle 4 sind die genannten Anspruchsgrundlagen, Anspruchsvoraussetzungen und Grundlagen der Ermittlung des Mehrkostenanspruchs noch einmal für die Fälle geänderte bzw. zusätzliche Leistungen, Schadensersatz und Entschädigung nebeneinander gestellt.

	<b>Geänderte Leistungen</b>	<b>Zusätzliche Leistungen</b>	<b>Schadensersatz</b>	<b>Entschädigung</b>
<b>Anspruchsgrundlage</b>	§ 2 Nr. 5 VOB/B	§ 2 Nr. 6 VOB/B	§ 6 Nr. 6 VOB/B	§ 642 BGB
<b>Anspruchsvoraussetzungen</b>	Anordnung	Anordnung Ankündigung des Vergütungsanspruchs	Behinderung Behinderungsanzeige Verschulden des Auftraggebers Tatsächlicher Schaden entstanden	Unterlassene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers Annahmeverzug des Auftraggebers Behinderungsanzeige
<b>Grundlage des Mehrkostenanspruchs</b>	Grundlagen des Preises	Grundlagen der Preisermittlung	Nachweislich entstandener Schaden	Vereinbarte Vergütung

**Tabelle 4:** Anspruchsgrundlagen, Anspruchsvoraussetzungen und Grundlagen für die Geltendmachung von Mehrkostenansprüchen infolge von Bauablaufstörungen<sup>102</sup>

Weil die Anspruchsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage § 642 BGB im Vergleich zum Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B eine notwendige schuldhaftes Pflichtverletzung nicht erfordern, werden dem Entschädigungsanspruch aufgrund einfacheren Nachweises dem Grunde nach deutliche Vorteile zugesprochen. Zudem muss nicht jeder entstandene Schaden aufwendig dokumentiert werden, damit später ein Anspruch der Höhe nach nachgewiesen werden kann. Die Ermittlung der Entschädigungshöhe hat ebenso wie die Ermittlung einer Vergütung anhand kalkulatorischer Grundlagen zu erfolgen.

Die Durchsetzbarkeit von Mehrkostenansprüchen anhand kalkulatorischer Grundlagen hängt jedoch essentiell vom Informationsgehalt und Detaillierungsgrad der vertraglich vereinbarten Preisermittlungsgrundlagen ab. Wie im weiteren Verlauf dieser Arbeit gezeigt wird, ist der Nachweis des Entschädigungsanspruchs der Höhe nach mit dem derzeitigen Verständnis hinsichtlich Inhalt und Detaillierungsgrad der Preisermittlungsgrundlage für den Auftragnehmer nicht zwangsläufig einfacher und vorteilhafter als ein Schadensnachweis.

<sup>102</sup> Abbildung ähnlich in Franz (2003), S. 111.

### 3 Ermittlung und Nachweis der Höhe von Mehrkostenansprüchen

Mehrkostenansprüche können nur durchgesetzt werden, wenn der Nachweis dem Grunde nach gelingt. In Kapitel 2 wurden daher rechtliche Aspekte zu den Anspruchsvoraussetzungen für Bauablaufstörungen infolge Leistungsmodifikationen (Vergütungsanspruch), schuldhafter Pflichtverletzungen (Schadensersatzanspruch) und unterlassener Mitwirkungshandlungen (Entschädigungsanspruch) dargestellt. Für die Geltendmachung von Mehrkosten muss anschließend an den Nachweis der Anspruchsgrundlage der Nachweis der Anspruchshöhe erfolgen. Die Berechnungsgrundlagen, die Systematik der Mehrkostenermittlung und der Anspruchsumfang der Vergütungs-, Schadensersatz- und Entschädigungsberechnung unterscheiden sich dabei erheblich.

Da die Anspruchsgrundlage Einfluss auf die Nachweisführung und die Höhe eines Mehrkostenanspruchs hat und gleichzeitig für die spätere Entwicklung von Ansätzen zur Verbesserung des Entschädigungsnachweises Parallelen zur Vergütungsberechnung und zum Schadensnachweis zu ziehen sind, wird im Folgenden für alle drei Anspruchsgrundlagen auf die Vorgehensweise bei der Ermittlung der Mehrkostenansprüche und auf die für den Nachweis dieser Mehrkosten notwendigen Beweis- und Dokumentationsmittel eingegangen.

#### 3.1 Bestimmung einer Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen

Nach § 2 Nr. 5 VOB/B besteht Anspruch auf die Berechnung einer geänderten Vergütung, wenn sich aufgrund von Änderungen des Bauentwurfs oder durch andere Anordnungen die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert haben. Für die geänderte Leistung ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu ermitteln. Die Berechnung der Vergütung für eine zusätzliche Leistung nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B muss auf der Grundlage der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung erfolgen.<sup>103</sup>

Die Grundlagen zur Ermittlung der Kosten geänderter oder zusätzlicher Leistungen, also sowohl die Grundlagen des Preises als auch die Grundlagen der Preisermittlung, umfassen alle Kostenelemente, die in die Kalkulation eingeflossen sind sowie die Kalkulationsmethodik selbst.<sup>104</sup> Sollten Kosten für geänderte oder zusätzliche Leistungen nicht aus dieser, im Folgenden einheitlich Preisermittlungsgrundlage genannten, Berechnungsbasis abgeleitet werden können, so müssen die Kosten anhand allgemein gültiger Ermittlungssysteme

<sup>103</sup> Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 398 f., sehen in den unterschiedlichen Formulierungen *Grundlagen des Preises* (§ 2 Nr. 5 VOB/B) und *Grundlagen der Preisermittlung* (§ 2 Nr. 6 VOB/B) lediglich eine ungenaue Formulierung der VOB/B, inhaltlich besteht ihrer Meinung nach kein Unterschied.

Prange (1981), S. 2477 ff., sowie Marbach (1989), S. 2 ff., erläutern hingegen differenziert Unterschiede zwischen beiden Formulierungen. In der Praxis wird diese Unterscheidung jedoch wenig Bedeutung haben, weshalb in dieser Arbeit inhaltlich keine Unterscheidung getroffen werden soll.

<sup>104</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 652. Zur Preisermittlungsgrundlage vgl. auch Kapitel 4.1.3.

bestimmt und dem Preisniveau des Hauptvertrags mit Hilfe von Preisniveaufaktoren angepasst werden.<sup>105</sup>

### 3.1.1 Vorgehensweise bei der Berechnung des Preises für eine modifizierte Leistung

Bei der Berechnung von Mehrkostenansprüchen aufgrund geänderter bzw. zusätzlicher Leistungen handelt es sich um kalkulatorisch ermittelte und nicht um tatsächlich entstandene Kosten. Nachtragsansprüche aufgrund geänderter oder zusätzlicher Leistungen sind daher als Fortschreibung der Vertragskalkulation anzusehen, die ohne Berücksichtigung der infolge der Modifikation tatsächlich entstandenen Kosten zu ermitteln sind.<sup>106</sup> Das ursprüngliche Preisgefüge ist auch bei der Kalkulation der geänderten oder zusätzlichen Leistung beizubehalten, so dass Kalkulationsfehler oder vereinbarte Nachlässe bei einzelnen Positionen auch auf die Nachtragsvereinbarung Einfluss haben. Die für den Nachtrag relevanten Teile der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags sowie die detaillierte Kalkulation des Nachtrags selbst müssen dem Auftraggeber zur Prüfung des Nachtragsangebots vorliegen, so dass Kostenursache, Kalkulationstechnik und spezieller Kalkulationsaufbau geprüft werden können.<sup>107</sup>

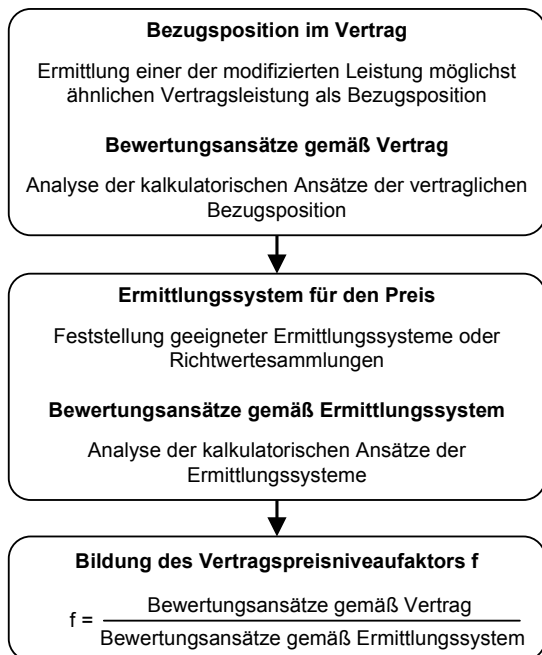
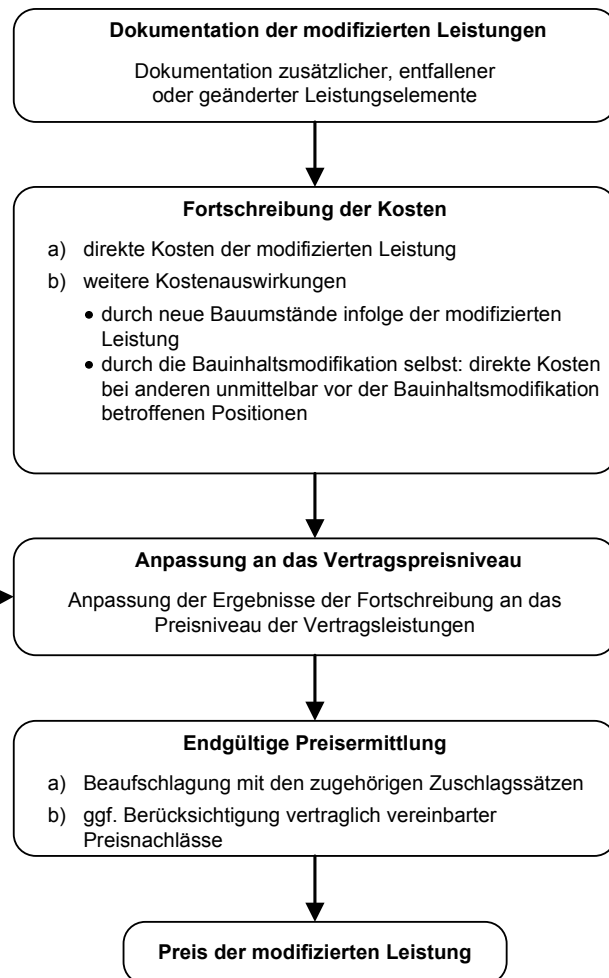
In Abbildung 4 ist die Methodik der Kosten- und Preisermittlung für geänderte und zusätzliche Leistungen beim Einheitspreisvertrag dargestellt. Wesentliche Eingangsgröße für die Ermittlung des Preises der modifizierten Leistung ist, neben den Kosten der Leistungsmodifikation, der Vertragspreisniveaufaktor.

---

<sup>105</sup> Vgl. Kumlehn (2004), S. 28.

<sup>106</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 689.

<sup>107</sup> Im Zusammenhang mit der Kalkulation werden unter anderem die zu unterscheidenden Begriffe *Kosten* und *Preis* verwendet. Kosten von Bauleistungen werden im Rahmen der Kalkulation zunächst möglichst genau anhand spezifischer kalkulatorischer Eingangswerte ermittelt, um die Selbstkosten für die Erstellung der Bauleistung zu bestimmen. Unternehmerische Überlegungen fließen bereits bei der Wahl der kalkulatorischen Eingangswerte mit ein. Darauf aufbauend werden die Preise für die Leistung (der Angebotspreis) durch die Einbeziehung eines Zuschlags für Wagnis und Gewinn festgelegt.

**I. Feststellung des Vertragspreisniveaus****II. Ermittlung des Preises der modifizierten Leistung**

**Abbildung 4:** Kosten- und Preisermittlung für geänderte oder zusätzliche Leistungen (beim Einheitspreisvertrag)<sup>108</sup>

Für die Feststellung des Vertragspreisniveaus ist aus der Preisermittlungsgrundlage (in der Regel die vertraglich vereinbarte, gegebenenfalls hinterlegte Kalkulation) zunächst eine Bezugsposition zur modifizierten Leistungsposition zu ermitteln.<sup>109</sup> Diese Bezugsposition muss hinsichtlich der einzelnen Kostenelemente der geänderten Leistung möglichst ähnlich sein, so dass die geänderte Leistung anhand der Kalkulationsansätze der Bezugsposition bewertet werden kann. Ist die geänderte Leistung in Teilen nicht mit der Bezugsposition vergleichbar oder liegt für zusätzliche Leistungen in der Kalkulation keine vergleichbare Position vor, so sind zumindest Grundelemente der Kalkulation (z. B. der Mittellohn) zu übernehmen.

Mit Hilfe allgemein anerkannter Ermittlungssysteme bzw. entsprechenden Richtwertesammlungen werden Bewertungsansätze ermittelt, anhand derer das Preisniveau der

<sup>108</sup> Abbildung erstellt nach Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 400.

<sup>109</sup> Wurde durch den Auftragnehmer keine detaillierte Auftragskalkulation erstellt, dann ist eine Kalkulation nachträglich zu erstellen, die plausibel zu den vertraglich vereinbarten Einheitspreisen führen muss (vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 695).



Bezugsposition unter Berücksichtigung des Kalkulationsaufbaus eingeschätzt werden kann. Als Ermittlungssysteme für einen Preis kommen die Baugeräteliste, Aufwandswerte aus Leistungslohnvereinbarungen oder Richtwertesammlungen, Preislisten von Baustoffherstellern und -lieferanten o. Ä. in Frage. Durch Bildung des Quotienten aus Bewertungsansätzen der Bezugsposition und Bewertungsansätzen gemäß Ermittlungssystemen bzw. Richtwerten ist der Vertragspreisniveaufaktor für die spätere Ermittlung der geänderten oder zusätzlichen Vergütung zu bestimmen.<sup>110</sup>

Zur Ermittlung des Preises der modifizierten Leistung sind zunächst zusätzliche, entfallende und geänderte Leistungselemente zu dokumentieren. Voraussetzung hierzu ist eine exakte Abgrenzung geänderter oder zusätzlicher Leistungsbestandteile von der vertraglich vereinbarten Leistung. Bei der Fortschreibung der Kosten sind die direkten Kosten der modifizierten Leistung und die weiteren Kostenauswirkungen zu berücksichtigen. Die Kosten sind aus den Elementen des alten Preises zu entwickeln. Müssen Kosten für zusätzliche Leistungen vollkommen neu kalkuliert werden und kann hierbei nicht auf Bezugspositionen der Auftragskalkulation zurückgegriffen werden, dann ist ausnahmsweise ein Rückgriff auf dem Vertragsniveau angepasste Marktpreise für die Ermittlung der Einzelkosten der Teilleistungen zulässig. Diese Neubestimmung der Kosten muss sich bezüglich Methodik und Niveau prinzipiell an der Auftragskalkulation orientieren.<sup>111</sup> Im Übrigen besteht in Ausnahmefällen auch bei Vergütungsansprüchen die Möglichkeit einer plausiblen Schätzung zur Ermittlung der Mehrkosten (sofern greifbare Anhaltspunkte vorliegen), allerdings nur unter Beibehaltung der Systematik der Vertragskalkulation.<sup>112</sup>

Zur Bestimmung der Höhe einer Vergütung ist die Auskömmlichkeit der Leistungsansätze und Preise unerheblich, maßgeblich ist allein das vertraglich vereinbarte Preisniveau. Von der Bindung an den vertraglich vereinbarten Preis kann nur in Ausnahmefällen abgewichen werden, nämlich wenn

- ein offensichtlicher Kalkulationsirrtum vorliegt,
- Personal- und Materialkosten unter bestimmten Bedingungen tatsächlich höher sind,
- eine unsorgfältige Planung (bzw. Ausschreibung) vorliegt oder
- Skonti oder Nachlässe in bestimmter Art und Weise vereinbart wurden

und dies bei der Bestimmung des neuen Preises zu einer unangemessenen finanziellen Benachteiligung führen würde.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 398 ff.

<sup>111</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 162 f. ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 398 ff. ; Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 692 f. ; In § 2 Nr. 6 VOB/B wird auf die *besonderen Kosten* der geforderten Leistung verwiesen. Hiermit sind die genannten Kosten gemeint, die keinen unmittelbaren Bezugspunkt in der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage haben.

<sup>112</sup> Vgl. Roquette/Laumann (2005), S. 1838 ff. ; Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 693, Rdn. 220.

<sup>113</sup> Zu den rechtlichen Details, um bei der Vergütungsberechnung von den vertraglich vereinbarten Preisen abweichen zu dürfen vgl. z. B. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 599 ff.

Ebenso wie bei der Kalkulation für den Hauptvertrag trägt der Auftragnehmer auch bei der Nachtragskalkulation das Risiko der Auskömmlichkeit der Kalkulationsansätze und muss den erwarteten Leistungsumfang für geänderte oder zusätzliche Arbeiten zutreffend abschätzen. Damit trägt der Auftragnehmer ein nicht unerhebliches Risiko, da sich die Kosten möglicherweise anders entwickeln als bei Vertragsschluss kalkuliert, und die ursprünglich gewählten Ansätze nicht auskömmlich sind. Die Mehrkostenermittlung anhand der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags beinhaltet letztlich dieselben kalkulatorischen Risiken, aber auch Chancen wie der Hauptvertrag.<sup>114</sup>

Die Ergebnisse der Kostenfortschreibung sind anschließend mit Hilfe des zuvor ermittelten Vertragspreisniveaufaktors an das Preisniveau des Vertrags anzugleichen. Die endgültige Preisermittlung für die modifizierte Leistung erfolgt schließlich durch Bezuschlagung der fortgeschriebenen Kosten mit den zugehörigen Gemeinkostenzuschlägen unter Berücksichtigung des Kalkulationsgefüges. Gegebenenfalls sind darüber hinaus vertraglich vereinbarte Nachlässe auch für die Nachtragskalkulation zu berücksichtigen; dies hängt jedoch von der Art der Vereinbarung über die Nachlässe ab.

### 3.1.2 Zusammensetzung der geänderten oder zusätzlichen Vergütung

Die Berechnung einer geänderten oder zusätzlichen Vergütung infolge einer Leistungsmodifikation muss zunächst die direkten Kosten der betroffenen Vertragsleistung erfassen.<sup>115</sup> Für die Fortschreibung der Kosten bzw. Preise werden die Einzelkosten der Teilleistungen daher analog zur Berechnung der vertraglich vereinbarten Preise ermittelt.

Die direkten Kosten zur Modifikation einer geänderten bzw. zusätzlichen Leistung sind durch Heranziehen einer Bezugsposition aus den Preisermittlungsgrundlagen des Hauptvertrags zu bestimmen. Aufwands- und Leistungswerte müssen hieraus ersichtlich sein, damit jede Abweichung vom geplanten Bauablauf mit ihrem daraus resultierenden Anspruch abgeleitet werden kann. Hilfreich ist außerdem eine Kalkulationssoftware, welche die Kosten der Kalkulation hinreichend genau nach Kostenarten und deren Zurechenbarkeit aufgliedert.<sup>116</sup> Die Ansätze für Lohn-, Stoff-, Material- sowie Gerätekosten sind entsprechend der Preisermittlung für den Hauptvertrag zu übernehmen. Schätzungen direkter Kosten sind nur in engen Grenzen für unbedeutende modifizierte Leistungen zulässig, wobei auch hier die Kalkulationssystematik beibehalten werden muss und die Grundlagen der Schätzung anhand der Preisermittlungsgrundlage nachzuweisen sind.<sup>117</sup>

Da die Preisvereinbarung für eine geänderte oder zusätzliche Leistung abschließend ist, müssen neben den direkten Kosten der geänderten bzw. zusätzlichen Leistung auch die indirekten Kosten, die erst durch die Störung des Bauablaufs und die möglicherweise notwendige Bauzeitverlängerung entstehen, in die Berechnung des Mehrkostenanspruchs

<sup>114</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 406 f.

<sup>115</sup> Unter dem Begriff der *direkten Kosten* werden die unmittelbar bei der Herstellung der Leistung anfallenden Einzelkosten der Teilleistung verstanden (siehe Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 653 f., § 2 Rdn. 139).

<sup>116</sup> Vgl. Olshausen (1986), S. 330 ff.

<sup>117</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 693, Rdn. 220.

einfließen. Die indirekten Kosten infolge der Leistungsmodifikation umfassen im Wesentlichen Kosten für Auswirkungen auf andere Vertragsleistungen, Kosten infolge einer insgesamt verlängerten Gesamtbauzeit und gegebenenfalls Kosten der Nachtragsbearbeitung.<sup>118</sup> Der Umfang und die Kosten dieser Auswirkungen sind anhand der Terminplanung und der Vertragskalkulation oder durch Rückgriff auf Ansätze des betrieblichen Rechnungswesens nachzuweisen. Als Ursachen indirekter Kosten beispielhaft zu nennen sind:<sup>119</sup>

- aufgrund der geänderten oder zusätzlichen Leistung neue, von der ursprünglichen Planung abweichende Baumstände,
- Kosten bei weiteren, unmittelbar durch die geänderte oder zusätzliche Leistung betroffenen Positionen,
- aufgrund der geänderten oder zusätzlichen Leistung zusätzlich anfallende Baustellengemeinkosten,
- aufgrund der geänderten oder zusätzlichen Leistung zusätzlich anfallende Allgemeine Geschäftskosten.

Bei der Ermittlung der Kosten einer Leistungsmodifikation ist zudem auf Kosten durch veränderten Arbeitszeitbedarf für die Leistungserstellung zu achten. Hierbei sind auch Intensitätsabnahmen bei der Leistungserbringung, der Verlust von Einarbeitungseffekten, Personalleerlaufzeiten und zusätzlicher Zeitbedarf bei der Herstellung des Werkes zu berücksichtigen.<sup>120</sup> Interne zusätzliche Kosten im Zusammenhang mit der Nachtragsabwicklung können, sofern sie nachweisbar auf die Leistungsmodifikation zurückzuführen sind und als besondere Belastungen gelten, ebenfalls im Rahmen der Berechnung einer geänderten oder zusätzlichen Vergütung ersatzfähig sein.<sup>121</sup>

Die Berücksichtigung der Baustellengemeinkosten (BGK) für geänderte oder zusätzliche Leistungen erfordert eine genaue Bestimmung der ursprünglich kalkulierten Deckungsbeiträge und des Einflusses der Leistungsmodifikation auf die Baustellengemeinkosten. Die Deckungsanteile sollen durch die Modifikation der Leistung nicht verringert werden, da dies eine Benachteiligung des Auftragnehmers darstellen würde. Daher ist mindestens der bisherige Deckungsstand beizubehalten. Zusätzliche Baustellengemeinkosten sind im Prinzip

---

<sup>118</sup> Marbach (2002), S. 539 ff., stellt detailliert die Rechtsprechung und Anspruchsgrundlagen für die Geltendmachung von Nachtragsbearbeitungskosten dar und argumentiert im Sinne einer schlüssigen Betrachtungsweise, dass bei zutreffenden Anspruchsvoraussetzungen für Vergütung nach § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B Nachtragsbearbeitungskosten Bestandteil des Vergütungsanspruchs sein müssen. Für die Bezifferung der Nachtragsbearbeitungskosten muss schriftlich dokumentiert werden, welcher Mitarbeiter mit welcher Qualifikation, an welchen Tagen mit welchem Zeitaufwand, welche Tätigkeiten ausgeführt hat. Bloße Stundenaufstellungen seien nicht ausreichend. Die Höhe der anzusetzenden Kosten bestimmt sich nach den Ansätzen des betrieblichen Rechnungswesens (Angemessenheit und Üblichkeit muss beachtet werden). Vorsorglich sollten Verrechnungssätze für den Einsatz entsprechenden Personals bei Vertragsschluss vereinbart werden.

<sup>119</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 169 ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 400.

<sup>120</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 444.

<sup>121</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 694.

wie direkte Kosten<sup>122</sup> der Leistungsmodifikation zu behandeln und im Nachtrag unmittelbar zu berücksichtigen, wobei sie konsequenterweise nicht mehr zur Deckung des ursprünglich kalkulierten Deckungsbeitrages herangezogen werden dürfen.<sup>123</sup>

Kosten geänderter oder zusätzlicher Leistungen werden regelmäßig mit den Zuschlagsätzen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn versehen, weil die über den ursprünglichen Vertragsumfang hinausgehenden Leistungen eine entsprechende Kapazitätsbindung darstellen. Wie bei den Baustellengemeinkosten muss bei einer Verringerung des Leistungsumfangs trotzdem der ursprünglich vereinbarte Gesamtdeckungsbeitrag erhalten bleiben. Eine Überdeckung ist durch eine insgesamt für Mehr- und Mindermengen durchzuführende Ausgleichsberechnung zu vermeiden.<sup>124</sup>

Nachunternehmerleistungen sind mit dem auch beim Hauptauftrag verwendeten Zuschlagssatz zu beaufschlagen. Eine Kalkulation des Nachunternehmers liegt dem Auftragnehmer in der Regel nicht vor und muss dem Auftraggeber auch nicht vorgelegt werden, da es sich um ein anderes Vertragsverhältnis handelt. Die Kalkulation der Nachunternehmerleistung kann jedoch falls erforderlich vom Auftragnehmer mit Hilfe eigener Kalkulationsansätze oder allgemein gültiger Ermittlungssysteme nachträglich erstellt werden, um eine Bewertungsbasis für die Fortschreibung der modifizierten Leistung bereit zu stellen.<sup>125</sup>

Nach INGENSTAU/KORBION<sup>126</sup> ist ein vereinbarter Nachlass auf die Preise der Vertragskalkulation nur dann zu berücksichtigen, wenn er Bestandteil der Preisermittlung war. Ist ein Nachlass hingegen lediglich im Rahmen der Akquisition gewährt worden, ist er nicht Bestandteil der eigentlichen Preisermittlung gewesen. Es handelt sich vielmehr um eine Preisnebenabrede, so dass der Nachlass nicht Gegenstand der Neuberechnung des Preises für die modifizierte Leistung wird.

### 3.1.3 Nachweis des Vergütungsanspruchs

Um eine überzeugende und für den Auftraggeber nachvollziehbare Vergütungsforderung aufzustellen, sind eine hinreichend aufgeschlüsselte und informative Preisermittlungsbasis sowie eine umfassende Dokumentation der Leistungsmodifikation und deren Umstände also grundlegende Voraussetzung.

---

<sup>122</sup> Direkte Kosten werden die Kosten genannt, die unmittelbar bei der Herstellung einer Leistung anfallen (Einzelkosten der Teilleistungen). Demgegenüber stehen Gemeinkosten, die nicht unmittelbar einer Teilleistung zugeordnet werden können (Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten). Vgl. hierzu Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 653 f. Rdn. 139.

<sup>123</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 693 ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 403. Aufgrund des im Einzelfall beachtlichen Rechenaufwands und unterschiedlicher Preise für dieselbe Leistung bei der Ermittlung zusätzlicher Baustellengemeinkosten, schlagen Kapellmann/Schiffers für die praxisnahe Anwendung eine pauschale Bezuschlagung direkter Kosten einer geänderten oder zusätzlichen Leistung mit dem kalkulierten Zuschlagssatz für alle Gemeinkosten vor. Im Rahmen einer alle Änderungen umfassenden abschließenden Ausgleichsrechnung sollen die Deckungsbeiträge für Umlagen und Zuschläge überprüft und bewertet werden, so dass es nicht zu einer ungerechtfertigten Überdeckung kommt.

<sup>124</sup> Vgl. u. a. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 160 ff., Rdn. 222 ff.; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 402 f., Rdn. 1004 f.

<sup>125</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 694 f.

<sup>126</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion (2004), S. 1366.

Wie anhand der Ausführungen zur Vorgehensweise der Berechnung und zur Zusammensetzung des Vergütungsanspruchs deutlich wurde, sind detaillierte Informationen zu allen Kostenfaktoren erforderlich, die im weitesten Sinn zur Ermittlung des vertraglich vereinbarten Preises herangezogen wurden. Hierzu zählen insbesondere:

- Kalkulationsansätze der Einzelkosten der Teilleistungen (Aufwands- und Leistungswerte, Mittellohn, Stoffkosten etc.),
- Höhe, Bestandteile und Art der Umlage von Baustellengemeinkosten,
- Höhe der Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn.

Diese Informationen sind notwendig, um die Kosten der Leistungsmodifikation zu ermitteln und Preisniveaufaktoren zu bestimmen. Ansprüche für kalkulierte Deckungsanteile der Gemeinkosten können schließlich ebenfalls nur nachgewiesen werden, wenn den Preisermittlungsgrundlagen Angaben zur Höhe und zur Verrechnung der Gemeinkosten entnommen werden können.<sup>127</sup>

Insbesondere von der Plausibilität der kalkulatorischen Grundlagen, dem Detaillierungsgrad und der Vollständigkeit der Angaben zu sonstigen preisbeeinflussenden Faktoren hängt es ab, ob eine Nachtragskalkulation für geänderte oder zusätzliche Leistung schlüssig dargelegt werden kann. Oftmals finden sich jedoch nur unzureichende, insbesondere in Bezug auf die Gemeinkosten zu undifferenzierte oder auf die spezielle Situation nicht übertragbare Angaben zur Preisberechnung in der hinterlegten Kalkulation. Häufig wird auch keine Vertragskalkulation hinterlegt oder der Preis für eine Leistung wird durch den Auftragnehmer willkürlich festgelegt und ist nicht durch plausible Kalkulationsansätze nachzubilden. In beiden Fällen ist der Auftragnehmer gezwungen, im Nachhinein eine Kalkulation mit entsprechenden Kalkulationsansätzen zu erstellen, aus der sich der vertraglich vereinbarte Preis der Bezugsposition ergibt und aus der genügend Informationen für die Erstellung und Prüfung des Nachtragsangebots hervorgehen.

Die nachträgliche Erstellung kalkulatorischer Grundlagen birgt die Gefahr, dass der Auftragnehmer Anpassungen hinsichtlich der angeordneten Leistungsmodifikation vornimmt. Dies kann z. B. durch die Wahl entsprechend modifizierter Aufwands- und Leistungswerte oder durch die Verteilung der umzulegenden Kosten auf ganz bestimmte Kostenarten geschehen. Bei einer Prüfung des Nachtrags kann der Auftraggeber allerdings auf die fehlende Angemessenheit und nicht berücksichtigte Üblichkeit von Kalkulationsansätzen verweisen. Die Frage der Angemessenheit und Üblichkeit von Kalkulationsansätzen für Nachtragsberechnungen führt häufig zu Rechtsstreitigkeiten.

Durch Auftraggeber werden häufig Nachweise über tatsächlich entstandene und ggf. auch gegenüber Nachunternehmern vergütete Kosten gefordert, obwohl die Vergütungsberechnung allein anhand kalkulatorischer Kosten zu bemessen ist. Auftragnehmer sind wiederum bestrebt Kalkulationsgeheimnisse zu wahren, möglichst pauschale Preise zu nennen und den

---

<sup>127</sup> Vgl. Mechnig (2001), S. 213 ff.

Aufwand insbesondere beim Nachweis von Nachtragsleistungen zu minimieren. Für eine auch die Ansprüche der Nachvollziehbarkeit durch den Auftraggeber berücksichtigende Nachtragsforderung sollte die Preisermittlungsgrundlage auch in diesem Punkt ausreichend detailliert und aufgeschlüsselt beim Auftraggeber hinterlegt werden.<sup>128</sup>

Die für die Durchsetzung einer geänderten oder zusätzlichen Vergütung beizubringenden Dokumente sollen sowohl gegenüber dem Auftraggeber als auch gegenüber rechtlichen Instanzen die Richtigkeit des Anspruchs belegen. Daher wird für den erfolgreichen Nachweis von Vergütungsansprüchen von PLUM folgende Vorgehensweise empfohlen:<sup>129</sup>

- Zusammenstellung der kompletten Vertragsunterlagen, so dass hierdurch die Preisermittlungsgrundlagen ausreichend dargestellt werden,
- laufende Überprüfung der Ausführungsplanung hinsichtlich Konkretisierungen der vertraglichen Leistung oder Abweichungen vom Vertrag, um geänderte oder zusätzliche Leistungen umgehend festzustellen,
- Anzeige der Ansprüche sowie Dokumentation des Sachverhalts, der Auswirkungen der Leistungsmodifikation und des Anspruchs,
- Nachweis der Anspruchshöhe durch detaillierte Aufschlüsselung der beanspruchten Vergütungshöhe und einer gegebenenfalls notwendigen Fristverlängerung mit entsprechenden kalkulatorischen Belegen,
- Dokumentation der geltend gemachten Ansprüche, Schriftverkehr und Verhandlungen im Hinblick auf mögliche rechtliche Auseinandersetzungen.

Die vorgeschlagene Vorgehensweise wirkt sehr detailliert und in der Praxis nicht immer durchführbar. Sie stellt jedoch lediglich die konsequente und systematische Umsetzung der Anforderungen an den Nachweis des Vergütungsanspruchs dem Grunde und der Höhe nach dar.

### 3.2 Nachweis der Höhe eines Schadens

Im Fall einer schuldhaften Pflichtverletzung eines Vertragspartners besteht gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B für den anderen Vertragspartner ein Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens. Ein Schaden ist nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB definiert als jeder Nachteil, den jemand infolge eines bestimmten Ereignisses an seinem Vermögen oder sonstigen, rechtlich geschützten – auch immateriellen – Gütern erleidet.<sup>130</sup> Entgangener Gewinn gilt nicht automatisch als Schaden, hier besteht ein Anspruch nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> Kumlehn (2005), S. 35 ff., schlägt hierbei eine Aufschlüsselung der Preise nach mindestens drei Kostenarten, auch für Nachunternehmerleistungen, vor, um den Arbeitsaufwand kalkulatorisch belegen zu können.

<sup>129</sup> Vgl. Plum (2000), S. 134.

<sup>130</sup> Vgl. Palandt (2006), S. 262, Rdn. 7.

<sup>131</sup> Kritisch hierzu Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 643 ff.

Während bei der Vergütungsberechnung die Vertragskalkulation anhand der dort festgelegten Kostenansätze fortentwickelt wird, basiert die Schadensermittlung ausschließlich auf tatsächlich entstandenen Kosten ohne Berücksichtigung kalkulatorischer Kostenansätze und Preise. Das Risiko nicht auskömmlicher Kalkulationsansätze oder kalkulatorisch falsch eingeschätzter Behinderungsfolgen wie bei der Vergütungsberechnung für geänderte oder zusätzliche Leistungen entfällt daher. Bei der Schadensersatzermittlung besteht hingegen das Risiko, dass nicht jede Schadensauswirkung hinreichend genau belegt werden kann und somit ein Anspruch nicht durchsetzbar ist.<sup>132</sup>

### 3.2.1 Grundsätze der Schadensersatzberechnung

Für den Nachweis der Höhe eines Schadensersatzanspruchs ist anhand der in Kapitel 2.3 ausführlich dargelegten rechtlichen Voraussetzungen nach vier Grundsätzen vorzugehen:<sup>133</sup>

- **Schadensermittlungsprinzip**

Der Schaden nach § 6 Nr. 6 VOB/B berechnet sich nach der so genannten Differenztheorie aus der Differenz zweier Vermögenssituationen: der tatsächlich vorliegenden, durch das behindernde Ereignis beeinflussten Vermögenslage und der Vermögenslage, die theoretisch eingetreten wäre, wenn keine Behinderung eingetreten wäre (siehe Kapitel 3.2.2).

- **Wirklichkeitsprinzip**

Zeitliche Auswirkungen von Störungen ziehen nicht zwangsläufig Mehrkosten nach sich. Ein verlangsamer Vorgang, der nicht auf dem kritischen Weg<sup>134</sup> liegt, muss nicht mit Mehrkosten einhergehen. Schadensersatz kann erst geltend gemacht werden, wenn eine Behinderung wirklich Mehrkosten zur Folge hat. Fiktive Ursachen und deren Folgen dürfen nicht berücksichtigt werden. Eine Schadensschätzung kommt nur unter bestimmten Bedingungen in Betracht.

- **Einzelfallprinzip**

Jeder Schaden, seine zugehörige Ursache sowie deren baubetrieblichen Folgen sind separat zu untersuchen und einzeln nachzuweisen. Beispielsweise müssen die Schadensauswirkungen eines Baustillstands separat von den Kosten betrachtet werden, die aufgrund der zur Schadensminderung eingeleiteten Beschleunigungsmaßnahmen angefallen sind. Ausgangsbasis für den Nachweis ist eine bauablaufbezogene Darstellung der geplanten, störungsunbeeinflussten Soll-Bauzeit und der tatsächlich eingetretenen, behinderungsbedingten Ist-Bauzeit.

<sup>132</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 407.

<sup>133</sup> Vgl. Lang (1999), S. 221. Die Ausarbeitung der Prinzipien erfolgt durch Lang auf Grundlage des BGH-Urteils vom 20.02.1986 (VII ZR 286/84); zu den einzelnen Prinzipien vgl. auch u. a. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 616 f.; Vygen (1997), S. 452 ff.; Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 204 ff.

<sup>134</sup> Der kritische Weg wird durch diejenigen Vorgänge bestimmt, bei denen eine Verzögerung zu einer unmittelbaren Verzögerung des Endtermins um den gleichen Zeitraum führt (vgl. hierzu u. a. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 249, Rdn. 340).

- **Verursachungsprinzip**

Der adäquat-kausale Zusammenhang zwischen Störung, Behinderung und den darauf zurückzuführenden Auswirkungen muss bei der Schadensersatzberechnung hinreichend deutlich dargelegt werden. Die Berechnung eines Schadensersatzanspruchs erfordert daher bereits während der Störung einen erheblichen Aufwand bei der Kostenerfassung und der Dokumentation der Auswirkungen.

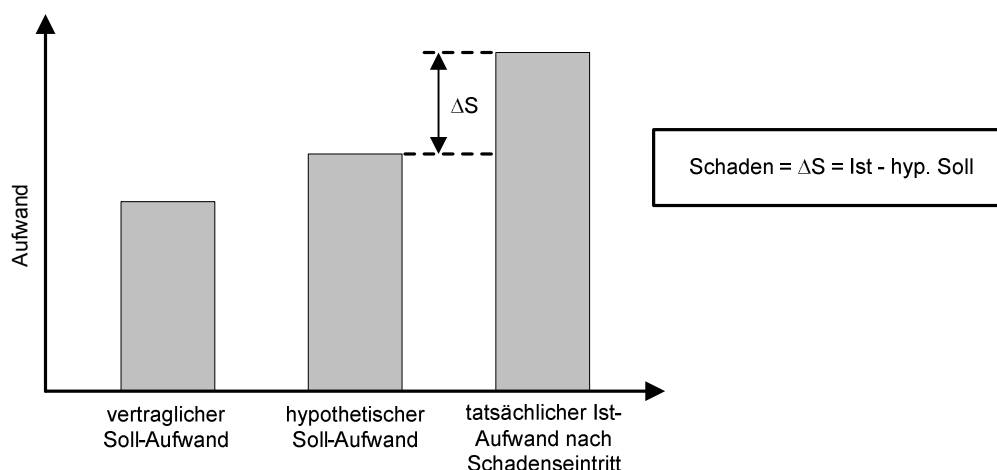
Zur Bewertung der durch Behinderungen entstandenen Mehrkosten existiert in der Literatur eine erhebliche Anzahl an Nachweis- und Untersuchungsmethoden. Auch wenn die rechtlichen Anforderungen stets in gleicher Form berücksichtigt werden müssen und somit Grundprinzipien, Schadensauswirkungen und Nachweiserfordernisse sich nicht unterscheiden, sind hinsichtlich der Systematik, um den sachgerechten und prozessorientierten Nachweis von Behinderungen und Behinderungsfolgen zu führen, durchaus verschiedene Herangehensweisen festzustellen. Für die Darstellung der unterschiedlichen Verfahren wird im Rahmen dieser Arbeit auf die einschlägige Literatur verwiesen.<sup>135</sup>

### 3.2.2 Erläuterung der Differenztheorie

Der Nachteil, den jemand infolge einer Störung an seinem Vermögen oder sonstigen Gütern erleidet ist durch den Vergleich der zwei maßgebenden Vermögenslagen

- hypothetische Vermögenslage (ohne Beeinflussung durch Bauablaufstörung) und
- tatsächliche Vermögenslage (durch die zu betrachtende Störung beeinflusst)

zu bestimmen. Die Differenz aus tatsächlicher und hypothetischer Vermögenslage entspricht folglich dem Schaden, wobei die hypothetische Vermögenslage nicht zwangsläufig dem ursprünglich vertraglich vereinbarten Soll-Aufwand entsprechen muss (siehe Abbildung 5).



**Abbildung 5:** Definition des Schadens nach der Differenztheorie<sup>136</sup>

<sup>135</sup> Ausführliche Untersuchungen und Gegenüberstellungen der Verfahren zur Bewertung gestörter Bauabläufe finden sich z. B. in Plum (1997), S. 41 ff. und Mitschein (1999), S. 85 ff.

<sup>136</sup> Abbildung nach Schröder (2003), S. 26, Abbildung 3-3.



Während der vertragliche bzw. der hypothetische Soll-Aufwand die eingetretene Vermögenssituation weitgehend abstrakt beschreibt, können anhand des Ist-Aufwands konkrete Aussagen zur tatsächlichen Vermögenssituation getroffen werden.

### **Hypothetische Vermögenslage**

Die Feststellung der hypothetischen Vermögenslage kann nur näherungsweise geschehen. Es ist eine Hypothese, wie sich der finanzielle Zustand der Baustelle bei unbehinderter Leistungserstellung dargestellt hätte. Hierzu ist eine Fortschreibung des ungestörten Bauablaufs auf der Grundlage der Vertragskalkulation und der Vertragspreise durchzuführen.<sup>137</sup>

Die Ermittlung des nicht eingetretenen hypothetischen Soll-Aufwands erweist sich als verhältnismäßig schwierig, da der hypothetische Zustand der Baustelle eine reine Fiktion ist.

Der hypothetische Zustand der Baustelle zum Zeitpunkt des Wegfalls der behindernden Umstände muss nicht mit den unter Wettbewerbsbedingungen vertraglich vereinbarten Soll-Planungen der Angebots- und Auftragskalkulation übereinstimmen. Als geeignete Basis zur Ermittlung der hypothetischen Vermögenslage wird daher in der Literatur insbesondere die Arbeitskalkulation angesehen.<sup>138</sup> Berücksichtigt werden muss bei der Fortschreibung des Soll-Aufwands in jedem Fall, dass es beispielsweise nach Vertragsschluss – aber vor Eintritt des störenden Ereignisses – zu vertragskonformen Änderungen des Soll-Zustandes gekommen sein kann, die somit den ursprünglich vereinbarten Soll-Aufwand verändern.

Diese Fortschreibung des Soll-Aufwands zur hypothetischen Vermögenslage setzt voraus, dass zu den vertraglich vereinbarten Preisen und zu Einflüssen, die das Bausoll zwischen Vertragsschluss und Störungszeitpunkt verändert haben, genügend aussagekräftige Informationen vorliegen. Hier ist in erster Linie eine detaillierte Vertragskalkulation, gegebenenfalls stattdessen die Arbeitskalkulation heranzuziehen. Der Nachweis der hypothetischen Vermögenslage greift in gewisser Weise das Vorgehen bei der Vergütungsberechnung auf, da die Vergütung für einzelne Teile der Leistung aus den Preisermittlungsgrundlagen zu ermitteln ist. Insofern sind für die Bestimmung der hypothetischen Vermögenslage als Teil der Schadensermittlung auch kalkulatorische Angaben maßgebend.

### **Tatsächliche Vermögenslage**

Die Feststellung der Vermögenslage infolge der eingetretenen Behinderung baut ausschließlich auf den tatsächlichen Kosten auf. Bei der Bestimmung der Auswirkung einer

---

<sup>137</sup> Vgl. Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 207 ff. ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 664 ff.

<sup>138</sup> Schröder (2003), S. 26 weist darauf hin, dass es unzulässig ist, Angebots- bzw. Auftragskalkulation ungeprüft für die Ermittlung der hypothetischen Vermögenslage zu übernehmen. Kapellmann (2006), S. 26 spricht sich unter Verweis auf die Rentabilitätsvermutung für die Verwendung der Arbeitskalkulation aus, da sie die realistischsten Ansätze zur Berechnung enthalten wird. Dreier (2001), S. 91 ff. erörtert ausführlich Vor- und Nachteile von Angebots-, Auftrags- und Arbeitskalkulation zur Bestimmung der hypothetischen Vermögenslage.

Behinderung sind im Wesentlichen folgende Punkte zu erfassen, die die tatsächliche Vermögenslage beeinflusst haben können:<sup>139</sup>

- Aufwand für produktives Personal, gegebenenfalls unter detaillierter Betrachtung einzelner Elemente des Mittellohns,
- sonstiger Personalaufwand, der in Gemeinkosten erfasst wurde, jedoch durch seinen zeitabhängigen Charakter berücksichtigt werden muss,
- Geräteaufwand und sonstige Aufwendungen.

Die vollständige Darstellung der tatsächlichen Vermögenslage umfasst Mehrkosten infolge des Mehraufwands, bauzeitliche Auswirkungen auf zeitabhängige Kosten sowie Kosten, die durch Umplanungen, Verschiebungen einzelner Vorgänge, Disposition nach der Unterbrechung, Wiedereinarbeitungsverluste und durch sonstige quantifizierbare Einflüsse entstanden sind.<sup>140</sup>

Anhand von Abrechnungen, Leistungsmeldungen und weiteren Unterlagen sind die notwendigen Berechnungsgrundlagen zusammenzustellen. Gegebenenfalls können zusätzliche Informationen der Betriebsbuchhaltung dazu dienen, Kostenansätze für interne Mehrkosten nachzuweisen. Zusätzliche Arbeiten und Lohnstunden sind detailliert u. a. mit Hilfe der Bautagesberichte zu dokumentieren. Materialeinsätze, Fremdmieten und Fremdleistungen sind im Einzelnen durch Lieferscheine, Einsatzplanung, Geräteberichte, Aufmaß und Rechnungen nachzuweisen. Die Anforderungen an die Dokumentation, insbesondere auch bezüglich der innerbetrieblichen Leistungserbringung wie Kosten durch Umdispositionen, sind hoch. Sinnvollerweise sollte diese Dokumentation vorgangs- bzw. abschnittsbezogen erfolgen, u. a. auch um einen Plausibilitätsvergleich anhand behinderter und unbehinderter Abschnitte durchführen zu können.<sup>141</sup>

### **3.2.3 Ermittlung des entstandenen Schadens**

#### **3.2.3.1 Schadensauswirkungen**

Eine Störung kann sich in unterschiedlicher Art und Weise behindernd auf den Bauablauf auswirken. Die zeitlichen Folgen einer Störung können von Verzögerungen im terminlichen Ablauf, über Behinderungen einzelner Teilarbeiten bis hin zu einer Unterbrechung in Form eines kompletten Baustillstands und somit nachfolgend zu einer Bauzeitverlängerung führen. Eine Verschiebung des Baubeginns ist lediglich als eine besondere Form des Stillstands zu Beginn der Ausführung anzusehen.<sup>142</sup>

Neben der Tatsache, dass durch einen verlangsamten oder unterbrochenen Bauablauf zusätzliche Kosten direkt und indirekt verursacht werden (durch unproduktiv vorgehaltenes

---

<sup>139</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 679 ff. ; zu den Auswirkungen von Behinderungen im Detail siehe Kapitel 3.2.3.1.

<sup>140</sup> Vgl. Plum (1997), S. 91 ff.

<sup>141</sup> Vgl. Dreier (2001), S. 97 f.

<sup>142</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 898 ; Mitschein (1999), S. 69 f.

Personal, zusätzliche zeitabhängige Material- und Gerätekosten, zusätzliche einmalige Kosten etc.), resultieren aus der Störung unter Umständen weitere kostenmäßig zu bewertende Folgen in Form von Verlängerungen der Bauzeit, Beschleunigungskosten (im Rahmen der Schadensminderungspflicht) oder speziellen Kosten, beispielsweise einer Beratung durch Sachverständige. In Tabelle 5 werden beispielhaft typische zu bewertende finanzielle Schadensauswirkungen den genannten Folgen von Behinderungen zugeordnet.

Folge einer Behinderung	Schadensauswirkung
verlangsamer Bauablauf	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Leistungsminderung bei Personal und Geräten/Schalung</li> <li>• Zusätzliche Kosten bei Personal, Material und Transporten</li> <li>• Zusätzliche zeitabhängige Baustellengemeinkosten</li> <li>• Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten über längeren Zeitraum</li> </ul>
unterbrochener Bauablauf	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einmalige Kosten für zusätzliche Transporte und Wiederaufnahme der Arbeiten</li> <li>• Zeitabhängige Kosten für Baustellengemeinkosten sowie Vorhaltung und Wartung stillstehender Geräte und Zwischenlagerung</li> <li>• Lohnkosten für nicht kurzfristig abbaubares Personal</li> <li>• Sicherungskosten der Baustelle</li> </ul>
Bauzeitverlängerung	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zusätzliche Beanspruchungen durch nicht eingeplante Witterungsverhältnisse</li> <li>• Beeinflussung des zeitvariablen Anteils der Baustelleneinrichtung</li> <li>• Verlängerung der Beanspruchung von: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Geräten/Schalung bei der Ausführung der Leistungen</li> <li>- Bauleitung, Bereitstellungsgeräten und des allgemeinen Baustellenbetriebs</li> <li>- zentralen Diensten des Unternehmens (Bauhof, Stabsstellen etc.)</li> </ul> </li> <li>• Verteuerung des Produktionsfaktoreneinsatzes durch geänderte Lohn- und Materialkosten sowie Nachunternehmerleistungen</li> <li>• Verlängerte Versicherungszeiten und Lizenznahme</li> <li>• Verlängerte Mietzeiten für Geräte und Maschinen</li> </ul>
Beschleunigungsmaßnahmen (im Sinne schadensmindernder Maßnahmen)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einmalige Kosten für zusätzliche Transporte, Einarbeitung zusätzlicher Kapazitäten</li> <li>• Zeitabhängige Kosten zusätzlicher Geräte/Schalung</li> <li>• Kosten für höher vergütete Arbeitszeiten (Überstunden, Nachtarbeit)</li> <li>• Kosten geringerer Leistungsfähigkeit z. B. durch Überstunden</li> <li>• Kosten für zusätzliche Kapazitäten durch Nachunternehmer</li> <li>• Produktionstechnische Mehrkosten durch andere Bauverfahren</li> </ul>
Spezielle Folgen	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sachverständigenkosten zur Unterstützung bei der Dokumentation und dem Nachweis der Behinderung, deren Auswirkungen auf den Bauablauf und des Schadens</li> </ul>

**Tabelle 5:** Typische Schadensauswirkungen der Folgen von Behinderungen<sup>143</sup>

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, schadensmindernde Maßnahmen gemäß § 6 Nr. 3 VOB/B zu ergreifen, also beispielsweise die in Tabelle 5 genannten Beschleunigungsmaßnahmen. Die hierdurch möglicherweise entstehenden zusätzlichen Kosten müssen ebenfalls durch entsprechende Dokumentation im Einzelnen nachgewiesen werden, sie dürfen jedoch nicht

<sup>143</sup> Zusammenstellung (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) nach Kapellmann/Schiffers (2000a) S. 617 ff. ; Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 216 ; Vygen (1997), S. 463 ff.

höher sein als die Summe der Kosten bei zeitlicher Verzögerung des Bauablaufs, damit die schadensmindernde Eigenschaft der Beschleunigungsmaßnahmen erhalten bleibt. Werden die Beschleunigungsmaßnahmen hingegen durch den Auftraggeber angeordnet, kann sich ein Vergütungsanspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B ergeben, der nicht in dieser Form beschränkt ist.<sup>144</sup>

Kosten für die Hinzuziehung eines Sachverständigen sind als Schaden zu bewerten, sofern der hierdurch entstandene Aufwand zur Unterstützung bei der Dokumentation und dem Nachweis der Behinderung sowie deren Auswirkungen auf den Bauablauf und die Schadenshöhe notwendig ist.<sup>145</sup>

### **3.2.3.2 Bestimmung der Mehrkosten anhand einzelner Kostenarten**

Der Nachweis von Mehrkosten aufgrund eines gestörten Bauablaufs kann sachgerecht anhand der üblichen Kostenarten erfolgen, also beispielsweise nach Personal-, Geräte-, Material- und Nachunternehmerkosten gegliedert. Außerdem sind Mehrkosten zu berücksichtigen, die im Bereich der Gemeinkosten (Baustellengemeinkosten und Allgemeine Geschäftskosten) entstehen. Der Schadensersatzanspruch kann sich über sämtliche Kostenarten der Einzel- und Gemeinkosten erstrecken. Der konkrete Schadensnachweis ist Voraussetzung, damit ein Anspruch auf Schadensersatz durchgesetzt werden kann.

#### **Einzelkosten der Teilleistungen**

Infolge einer Behinderung des Bauablaufs sind zunächst die Auswirkungen auf Einzelkosten der Teilleistungen zu betrachten. Durch eine Bauzeitverlängerung können zusätzliche Kosten im Bereich der Lohn-, Material- und Nachunternehmerkosten, möglicherweise auch mit im Vergleich zum Angebot abweichenden Verrechnungssätzen, entstehen. Durch eine Verlangsamung oder Unterbrechung des Bauablaufs kann es außerdem, neben der späteren negativen Auswirkung auf das geplante Bauende, zu Mehrkosten durch störungsbedingt verringerte Produktivität kommen. Infolge eines Baustillstands sind zusätzliche zeitabhängige Kosten für unbeschäftigtes Personal oder Gerät zu berücksichtigen. Zusätzliche sonstige Kosten können durch eine möglicherweise notwendige Sicherung der Bauleistung für die Winterzeit, den An- und Abtransport abziehbarer Geräte oder höhere Versicherungsprämien entstehen.<sup>146</sup>

#### **Baustellengemeinkosten**

Die Bestimmung eines Schadens bei den Baustellengemeinkosten muss die Art der Verrechnung dieser Kosten in der Kalkulation berücksichtigen. Da sämtliche Baustellengemeinkosten üblicherweise durch eine Umlage auf die Einzelkosten der Teilleistungen gedeckt sind (und bei unverminderter Vertragsvergütung auch weiterhin gedeckt sein werden), sind auf den Schadensersatz für behinderungsbedingte zusätzliche Einzelkosten der Teilleistungen grundsätzlich keine zusätzlichen Baustellengemeinkosten prozentual umzu-

<sup>144</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 630 ff.

<sup>145</sup> So bereits in dem grundlegenden Urteil des BGH, Urteil vom 20.02.1986 (VII ZR 286/84) entschieden.

<sup>146</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 898 f.

legen. Ein Schaden in Form zusätzlicher Baustellengemeinkosten ist vielmehr wie bei den Einzelkosten der Teilleistungen als direkter Schaden aufzufassen und somit konkret nachzuweisen. Zusätzliche Baustellengemeinkosten entstehen typischerweise bei den zeitabhängigen Kostenanteilen, also beispielsweise für die längere Vorhaltung von Geräten.

### **Allgemeine Geschäftskosten**

Probleme beim Nachweis konkreter Schadenshöhen treten insbesondere bei Mehrkosten im Bereich der Allgemeinen Geschäftskosten auf. Beim Schadensnachweis Allgemeiner Geschäftskosten muss zwischen behinderungsbedingten Kostenerhöhungen und kalkulierten Allgemeinen Geschäftskosten unterschieden werden. Zusätzliche Kosten, die dem Auftragnehmer im Bereich der Allgemeinen Geschäftskosten entstehen sind ebenso wie direkte Kosten der Behinderung nachzuweisen. Ein qualitativer und quantitativer Nachweis der behinderungsbedingten Kosten einzelner Bestandteile der Allgemeinen Geschäftskosten ist jedoch oftmals schwer möglich, weil die Dokumentation betroffener Kostenbestandteile nur selten projektbezogen durchgeführt wird. Zudem ist der Grad der Inanspruchnahme des Gemeinkostenapparats in ein Verhältnis zu dem eines ungestörten Bauablaufs zu setzen. Dies setzt jedoch eine Dokumentation der geplanten Inanspruchnahme voraus, die ebenfalls nicht vorliegt. Ein rechtskonformer Nachweis behinderungsbedingt erhöhter Allgemeiner Geschäftskosten ist daher nur in Einzelfällen möglich.<sup>147</sup>

Die ursprünglich für den Behinderungszeitraum kalkulierten Allgemeinen Geschäftskosten sind insoweit Schaden, als sie durch den Auftragnehmer während dieses Zeitraums nun nicht mehr oder zumindest nicht in der eingeplanten Höhe erwirtschaftet werden können. Dies geschieht erst mit Verzögerung, die Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten kann also nur über einen größeren Zeitraum erfolgen. Als Schaden können sie geltend gemacht werden, wenn der Nachweis gelingt, dass die Erwirtschaftung Allgemeiner Geschäftskosten bei einem Folgeauftrag aufgrund der Störung und der nachfolgend längeren Bauzeit nicht möglich war und daher insgesamt nur ein geringerer Unternehmensumsatz möglich war.<sup>148</sup>

Die Schwierigkeit des rechtskonformen Nachweises eines Schadens im Bereich der Allgemeinen Geschäftskosten resultiert nicht zuletzt daraus, dass ein prozentual vom Umsatz abhängiger Zuschlagssatz zur Bewertung eines Schadens mit den zeitlichen Auswirkungen einer Behinderung verknüpft wird. Die Frage der Deckung Allgemeiner Geschäftskosten bei Bauablaufstörungen geht also mit einer Umrechnung des prozentualen in einen zeitabhängigen Wert einher. Dies kann nur näherungsweise und mit erheblichem Nachweisaufwand gelingen.<sup>149</sup>

<sup>147</sup> Vgl. Lang/Rasch (2002), S. 424 f. ; Plum (1997), S. 119.

<sup>148</sup> Vgl. u. a. Plum (1997), S. 119 ; Schröder (2003), S. 27 ; Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 899 f.

<sup>149</sup> Umfangreiche Untersuchungen zur Frage der Unterdeckung Allgemeiner Geschäftskosten wurden durch Noosten (2005) durchgeführt. Auf die Probleme beim Umgang mit Allgemeinen Geschäftskosten – im Zusammenhang mit der Entschädigungsberechnung – wird in Kapitel 4.5 eingegangen.

## **Wagnis und Gewinn**

Ein Anspruch auf den in der Vertragskalkulation berücksichtigten Gewinn besteht bei der Geltendmachung eines Schadens nach § 6 Nr. 6 VOB/B nur, wenn die Behinderung vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wurde.<sup>150</sup> In diesem Fall werden die ermittelten Schadenskosten mit dem in der Vertragskalkulation verwendeten Zuschlagssatz beaufschlagt. KAPELLMANN/MESSERSCHMIDT<sup>151</sup> sehen gerade in den häufigen Fällen der ohne besonderen Grund verspäteten Beibringung von Plänen durch den Auftraggeber eine grobe Fahrlässigkeit und damit einen Anspruch auf Wagnis und Gewinn begründet.

## **Weitere Kosten**

Kosten, die dem Auftragnehmer nachweisbar im Zusammenhang mit der Ermittlung des Schadens entstehen, können als Schaden geltend gemacht werden. Dies gilt sowohl für die Kosten eines möglicherweise hinzuzuziehenden Sachverständigen als auch für internen Mehraufwand durch Überstunden oder zusätzliche Mitarbeiter.

Zur vollständigen Bewertung eines Schadensersatzanspruchs gehört schließlich, dass der Auftragnehmer, wie bereits im vorangegangenen Kapitel erwähnt, seiner Schadensminderungspflicht nach § 6 Nr. 3 VOB/B nachgekommen ist. Daher sind u. a. Kosten unangeordneter, schadensmindernder Beschleunigungsmaßnahmen zu bestimmen.<sup>152</sup>

### **3.2.3.3 Möglichkeiten der Schadensschätzung**

Wie in Kapitel 2.3.3 bereits dargelegt wurde, ist insbesondere seit den Entscheidungen des BGH vom 24.02.2005 (VII ZR 141/03 und VII ZR 225/03) beim Schadensersatznachweis die Unterscheidung in haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität vorzunehmen. Die Möglichkeit der Schadensschätzung nach § 287 ZPO ist für die haftungsbegründende Kausalität, also dem Anspruch dem Grunde nach, ausdrücklich ausgeschlossen. Unter den Begriff der haftungsausfüllenden Kausalität, und somit einer Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich, fallen die weiteren Folgen einer Behinderung, also die bereits in Kapitel 3.2.3.1 erörterten Schadensauswirkungen.<sup>153</sup>

Die Erleichterungen beim Nachweis des Schadens dürfen allerdings nicht derart missverstanden werden, dass jegliche Art der Schätzung für einen Nachweis entstandener Mehrkosten ausreichend ist. Voraussetzung für die Schätzung ist, dass

---

<sup>150</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion (2004), S. 1712 ; Leinemann (2002), S. 221 ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 643 f., sowie Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 900, die eine hiervon abweichende Ansicht vertreten, nach der ein kalkulierter Gewinn trotzdem zu ersetzen ist, weil dem Auftragnehmer nicht zugemutet werden könne, seine Produktionsmittel ohne Gewinn einzusetzen.

<sup>151</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 901.

<sup>152</sup> Vgl. u. a. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 883 f., Rdn. 30 f.

<sup>153</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 689 ff. ; Leitzke (2006), S. 123 ff.

- der Haftungsgrund unstreitig oder bewiesen ist,
- ein Schadenseintritt zumindest wahrscheinlich ist und
- greifbare Anhaltspunkte für eine richterliche Schadensschätzung vorhanden sind.<sup>154</sup>

Zu diesen greifbaren Anhaltspunkten zählen im jeweiligen Einzelfall ermittelte Werte, wie z. B. festgestellte und prüfbare Stundenaufstellungen aus Bautagesberichten. Einer Schätzung können jedoch auch abstrakt ermittelte Erfahrungswerte als Anhaltspunkte zugrunde gelegt werden, also beispielsweise Ergebnisse aus Statistiken, Studien oder wissenschaftlichen Beiträgen. Entscheidend ist, dass auch bei der Verwendung solcher Erfahrungswerte ein direkter Bezug zur vorliegenden Behinderung hergestellt werden muss. Ein simpler Verweis auf Erfahrungswerte aus bekannten Tabellenwerken ohne Bezug zur konkreten Situation ist nicht ausreichend.<sup>155</sup> Eine ausführliche und lückenlose Dokumentation der Behinderung und deren Auswirkungen sowie Plausibilitätskontrollen sind weitere wichtige Hilfsmittel, um die Richtigkeit der Schätzgrundlagen zu untermauern.

Die Problematik einer häufig notwendigen abstrakten Schadensberechnung mit Hilfe von Erfahrungswerten für die Vorhaltung von Gebrauchsgütern wie Geräten und Maschinen würde im Übrigen nicht auftreten, wenn eine in diesen Punkten aussagekräftige Vertragskalkulation vorliegen würde, aus der unternehmensinterne Verrechnungssätze hervorgingen und hiermit ein Schaden angesetzt werden könnte.<sup>156</sup>

### 3.2.4 Anforderungen an die Dokumentation des Schadens

Der BGH hat durch mehrere Entscheidungen die Anforderungen an den Schadensnachweis konkretisiert. Nach der grundsätzlichen Feststellung aus dem Jahr 1986, dass Mehrkosten im Einzelnen darzulegen sind, wurde in jüngeren Urteilen auf die hierfür notwendige bauablaufbezogene Darstellung verwiesen, so dass jede Behinderung hinsichtlich Dauer und Umfang gesondert geprüft und bewertet werden kann.<sup>157</sup> Die rechtssichere bauablaufbezogene Darstellung der Behinderung und ihrer Folgen erfordert allerdings ein hohes Maß an baubegleitender Dokumentation.

Für die Dokumentation zum Nachweis der Ansprüche in zeitlicher und finanzieller Hinsicht werden von PLUM einige grundlegend zu beachtende Aspekte genannt:<sup>158</sup>

- Identifizierung der Abweichung vom Vertrag,
- Feststellung des tatsächlichen Ausmaßes der Verzögerung des Bauablaufs,

<sup>154</sup> Vgl. Roquette/Laumann (2005), S. 1839.

<sup>155</sup> Vgl. Roquette/Laumann (2005), S. 1839 ff. ; Ausführlich zu einzelnen Erfahrungswerten als Schätzungskriterien siehe auch Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 694 oder auch Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 221 ff.

<sup>156</sup> Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 659 ff. ; In diesem Zusammenhang wird von Kapellmann/Schiffers auch darauf hingewiesen, dass eine Schadensschätzung nicht zulässig sei, wenn der Auftragnehmer lediglich die Vorlage einer vorhandenen Kalkulation verweigert.

<sup>157</sup> Die relevanten Urteile wurden auch bereits in Kapitel 2 genannt: BGH, Urteil vom 20.02.1986 (VII ZR 286/84) ; BGH, Urteil vom 21.03.2002 (VII ZR 224/00) ; BGH, Urteil vom 24.02.2005 (VII ZR 225/03) ; BGH, Urteil vom 24.02.2005 (VII ZR 141/03).

<sup>158</sup> Vgl. Plum (2000), S. 135 f.

- Herstellung eines eindeutigen kausalen Zusammenhang zwischen Störung und Verzögerung,
- Unverzügliche und vollständige Anzeige der hindernden Umstände,
- Verschulden der hindernden Umstände durch den Auftraggeber,
- Berechtigung nach vertraglicher Terminplanung, die gestörten Arbeiten auch tatsächlich zu diesem Zeitpunkt auszuführen,
- Tatsächliche Ausführungsbereitschaft des Auftragnehmers vorhanden,
- Auskömmlichkeit der Kalkulationsansätze,
- Bezüglich der Schadensminderungspflicht:
  - Vorlauf Fristen werden tatsächlich benötigt,
  - Ausweichmöglichkeiten und Ablaufumstellungen wurden, sofern vorhanden, schadensmindernd genutzt.

Wichtige Voraussetzungen, um die genannte Aspekte qualitativ ausreichend dokumentieren und aufbereiten zu können sind bereits bei der Planung bzw. während des ungestörten Bauablaufs zu schaffen. Die Bauablaufplanung sollte in jedem Fall vertraglich eindeutig vereinbart sein und kontrollierbare Abschnitte aufweisen. Außerdem sollte der geplante Ablauf der Baumaßnahme mit einer Kostenplanung verknüpft werden, um die finanziellen Auswirkungen von Behinderungen in Abhängigkeit von der Planung beurteilen zu können. Wesentliche Hilfsmittel hierzu sind:

- Dokumentation des Bauablaufs durch Bautagesberichte (mit bestätigter Übergabe an den Auftraggeber),
- Führen einer Planeingangsliste,
- Archivierung alter Pläne (inkl. deren Eingangsdatum),
- Systematische Ablage des Schriftverkehrs, von Protokollen, Schlechtwettermeldungen und sonstigen bauablaufrelevanten Informationen,
- Detaillierte Feststellung der durch die Behinderung entstandenen Folgen und Mehrkosten bereits während der Abwicklung.

Die Bestimmung der Mehrkosten anhand einzelner Kostenelemente erfordert eine detaillierte Kenntnis der angesetzten Aufwands- und Leistungswerte, damit durch Produktivitätsvergleiche des gestörten Abschnitts mit vergleichbaren Arbeiten in ungestörten Abschnitten, baubegleitende Terminplanung und aussagekräftige Stundenberichte Einflüsse auf den benötigten Stundenaufwand durch Leistungseinbußen oder zusätzlich notwendige Arbeiten nachgewiesen werden können. Kommt es durch die Behinderung zur Unterbrechung der Arbeiten und damit zur verspäteten Herstellung der Leistung, ist eine in der Folge mögliche Verlängerung der Bauzeit durch Nachweis des Beginns und der Dauer der Behinderung anhand des Schriftverkehrs, der Protokolle, der Bautagesberichte und der Bauablaufplanung zu belegen.



Die Anforderungen an die bauablaufbezogene Darstellung der Behinderung und deren Folgen sowie an den Nachweis der Schadenshöhe verdeutlichen, warum es für Auftragnehmer häufig zu Problemen bei der Wahrung ihrer Ansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B kommt. Die Anforderungen an die zielgerichtete, baubegleitende Dokumentation des entstehenden Schadens können in der Praxis oftmals nicht umgesetzt werden.<sup>159</sup>

### 3.3 Ermittlung der Höhe einer angemessenen Entschädigung

Unterlässt der Auftraggeber während der Bauausführung ihm obliegende Mitwirkungshandlungen und gerät dadurch in den Verzug der Annahme einer ihm angebotenen Leistung, kann der Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung nach § 642 BGB verlangen. Der Entschädigungsanspruch soll dem Auftragnehmer einen Ausgleich für die Nachteile gewähren, die er durch den Annahmeverzug des Auftraggebers erfährt (vergebliche Bereitstellung von Kapital und Arbeitskraft, Störung der zeitlichen Disposition, verzugsbedingte Zusatzaufwendungen etc).<sup>160</sup> Die Ermittlungsgrundlagen zur Feststellung einer angemessenen Entschädigung infolge einer unterlassenen Mitwirkungshandlung und anschließendem Annahmeverzug des Auftraggebers werden in § 642 Abs. 2 BGB definiert. Der Entschädigungsanspruch ist demnach nach der *Dauer des Verzugs* und der *vereinbarten Vergütung* zu bestimmen. Dabei muss sich der Auftragnehmer jedoch *ersparte Aufwendungen* und *anderweitigen Erwerb* anrechnen lassen.

Die Entschädigung nach § 642 BGB ist, wie in Kapitel 2 gezeigt wurde, dem Grunde nach eine Alternative zum Schadensersatzanspruch. Nach überwiegender Rechtsmeinung handelt es sich durch die Vorgaben zur Ermittlung der Anspruchshöhe allerdings um einen Anspruch mit Vergütungscharakter, da zur Bemessung der Entschädigungshöhe auf die vereinbarte Vergütung verwiesen wird und es sich um einen verschuldensunabhängigen Anspruch handelt.<sup>161</sup>

Folglich ist als Basis für die Berechnung der Entschädigung die Preisermittlungsgrundlage, u. a. in Form der Kalkulationsgrundlage und der Vertragspreise, heranzuziehen. Für eine nachprüfbare Entschädigungsberechnung kommt es daher darauf an, dass sich die Entschädigungsbestandteile aus der Preisermittlungsgrundlage ableiten lassen und dass die Bauablaufstörung ausreichend genau dokumentiert wird.<sup>162</sup>

<sup>159</sup> Allerdings scheitern Schadensersatzansprüche häufig bereits dem Grunde nach, weil die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt werden. Die Frage einer ausreichenden Dokumentation für den Nachweis des Schadens stellt sich insofern dann nicht mehr.

<sup>160</sup> Vgl. Palandt (2006), S. 981, § 642 BGB Rdn. 5 ; Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 996 ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1903 bezeichnen die Entschädigung als vom Charakter her ähnlich einer Abfindung.

<sup>161</sup> Vgl. ausführliche Verweise auf baurechtliche Kommentarliteratur in Boldt (2006), S. 193.

<sup>162</sup> So z. B. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 600 f. ; Reister (2004), S. 500 ff. ; Biermann (2005), S. 11, weist zutreffend darauf hin, dass die nachvollziehbare Darstellung der Nachforderungen bei allen Anspruchsgrundlagen (Vergütung, Schadensersatz wie auch Entschädigung) grundsätzlich Schwierigkeiten bereitet und erheblichen Arbeitsaufwand nach sich zieht, wenn eine nur mangelhafte Dokumentation des Auftragnehmers vorliegt.

### 3.3.1 Bestimmung der Dauer des Verzugs

Die Feststellung der Dauer des Verzugs ist maßgeblich für die Bestimmung des Entschädigungsanspruchs. Die alleinige Berücksichtigung des Zeitraums des Annahmeverzugs ließe jedoch wesentliche Aspekte des grundsätzlichen Nachweises von Mehrkosten aus Bauablaufstörungen unberücksichtigt. Durch eine Beschränkung des Entschädigungsanspruchs auf die im Zeitraum des Annahmeverzugs entstehenden, kalkulatorisch zu bewertenden Kosten wären verzugsbedingte Zusatzaufwendungen und Produktivitätsverluste bei Wiederaufnahme der Arbeiten nicht erstattungsfähig. Der Auftragnehmer bekäme dadurch keinen ausreichenden Ausgleich für die Nachteile, die ihm durch weitere Auswirkungen des Annahmeverzugs entstehen.<sup>163</sup>

KNIFFKA<sup>164</sup> argumentiert ebenfalls, dass der Entschädigungsanspruch Nachteile des Auftragnehmers ausgleichen solle, die durch den Annahmeverzug entstanden sind, und sich daher der Anspruch nicht zwangsläufig auf den Zeitraum des Annahmeverzugs beschränken müsse. Sofern sich der Zeitraum des Annahmeverzugs mit dem Vertragszeitraum decke, sei dieser Zeitraum durch die vereinbarte Vergütung gedeckt. Für die Berechnung des Entschädigungsanspruchs sei nicht die Vorhaltung der Leistung während des Annahmeverzugs entscheidend, sondern vielmehr die Bewertung der geänderten Vertragsumstände nach Beendigung des Annahmeverzugs. Zu bewerten sind demnach die Auswirkungen des Annahmeverzugs auf den geplanten Bauablauf.<sup>165</sup>

Die Formulierung „nach der Dauer des Verzugs“ in § 642 BGB ist vielmehr so zu verstehen, dass die Dauer des Annahmeverzugs lediglich ein Anhaltspunkt für die Bemessung eines Entschädigungsanspruchs ist.<sup>166</sup> Aus baubetrieblicher Sicht fällt unter den Terminus „nach der Dauer des Verzugs“ somit der Zeitraum, in dem durch die unterlassene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers und den daraufhin eingetretenen Annahmeverzug bestimmte, anhand des Soll-Terminplans, der Personal- und Geräteeinsatzplanung etc. festzustellende Produktionsmittel untätig oder mit geringerer Produktivität über den vereinbarten Zeitraum hinaus vorgehalten werden müssen.

Für die Feststellung der Dauer des Verzugs müssen sämtliche von einer Störung betroffene Leistungen einzeln bewertet und die jeweiligen terminlichen Auswirkungen bestimmt werden. Liegen mehrere unterlassene Mitwirkungshandlungen und dazu entsprechende Annahmeverzüge vor, so sind diese separat darzulegen (also wie nach dem Einzelfallprinzip beim

<sup>163</sup> Vgl. Boldt (2006), S. 193 ff. ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1905 ; Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 996, Rdn. 86, beschränken den maßgeblichen Zeitraum zur Entschädigungsberechnung hingegen auf den Zeitraum bis zur Beendigung des Annahmeverzugs.

<sup>164</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 642, Rdn. 55 ff.

<sup>165</sup> Unberücksichtigt bleibt allerdings, dass Leistungen mitunter zeitlich nicht beliebig verschoben werden können und bestimmte Produktionsmittel zu definierten Zeitpunkten eingeplant wurden (Arbeitskräfteeinteilung, Geräteeinsatzplanung etc.).

<sup>166</sup> Wie Boldt (2006), S. 193 f., feststellt, heißt es wörtlich in § 642 BGB, dass sich die Entschädigung „nach der Dauer des Verzugs“ bemisst und eben nicht von einer Entschädigung *für* die Dauer des Verzugs auszugehen ist.

Schadensersatzanspruch).<sup>167</sup> Insofern ist die in Kapitel 2.3 bereits ausführlich erörterte Rechtsprechung des BGH zur Notwendigkeit einer planungs- und bauablaufbezogenen Darstellung der Störung und die substantiierte Darlegung der Folgen auf die Bauausführung beim Schadensnachweis auch für die Entschädigungsberechnung maßgebend.<sup>168</sup> Erst dadurch ist eine ausreichende Darstellung des kausalen Zusammenhangs zwischen Störung und Auswirkungen gegeben und eine Bewertung der veränderten Vertragsumstände infolge des Annahmeverzugs auf kalkulatorischer Basis möglich.<sup>169</sup>

Obwohl es sich also bei der Entschädigung um einen Anspruch mit Vergütungscharakter handelt, orientieren sich die Anforderungen für die Bestimmung der zeitlichen Auswirkungen an denen des Schadensnachweises.

### 3.3.2 Vereinbarte Vergütung als Bewertungsmaßstab

Neben der Dauer des Verzugs richtet sich die Entschädigungshöhe nach der vereinbarten Vergütung für die betreffende Leistung. Die Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität des Schadensersatznachweises ist auf die Entschädigung zu übertragen (siehe Ausführungen in Kapitel 2.3.3), d. h. die Auswirkungen des einzelnen Annahmeverzugs auf den Bauablauf sind einer Schätzung ebenso zugänglich wie die resultierenden Mehrkosten. Während die Anspruchsvoraussetzungen beim Entschädigungsnachweis vollständig zu beweisen und die zeitlichen Auswirkungen des Annahmeverzugs durch eine bauablaufbezogene Untersuchung detailliert darzustellen sind, wird die Höhe des Entschädigungsanspruchs aus der Preisermittlungsgrundlage zur vertraglichen Vergütungsvereinbarung abgeleitet und kann anhand geeigneter Grundlagen auch geschätzt werden.<sup>170</sup>

Die Berechnung auf Basis der Preisermittlungsgrundlage bedeutet für den Auftragnehmer, dass für die Entschädigung die tatsächlich entstandenen Mehrkosten unerheblich sind und stattdessen ausschließlich eine kalkulatorische Bewertung der Störungsfolgen durchzuführen ist. Folglich ist der Auftragnehmer wie bei der Vergütungsermittlung für modifizierte Leistungen an das Vertragspreisniveau gebunden, mit möglicherweise positiven wie auch negativen Auswirkungen. Ebenso wie bei der Vergütungsberechnung sind allerdings Ausnahmen von der Bindung an den alten Preis möglich.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 642, Rdn. 64.

<sup>168</sup> Die maßgeblichen Urteile sind: BGH, Urteil vom 21.03.2002 (VII ZR 224/00) ; BGH, Urteil vom 24.02.2005 (VII ZR 225/03) ; BGH, Urteil vom 24.02.2005 (VII ZR 141/03).

Eine bauablaufbezogene Darstellung der Behinderung und deren Auswirkungen auf den bauausführenden Betrieb, also ein adäquat-kausaler Nachweis, wird vom OLG Hamm (Urteil vom 12.02.2004, 17 U 56/00) explizit für den Entschädigungsnachweis in gleicher Form wie für den Schadensnachweis gefordert.

<sup>169</sup> Ausführlich zur bauablaufbezogenen Nachweisführung siehe auch Drittlar (2006), S. 237 ff.

<sup>170</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 642, Rdn. 62 ff. ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1906. ; Drittlar (2006), S. 283 ff.

<sup>171</sup> Siehe hierzu auch Kapitel 3.1.1 mit Verweis in Fn. 113 ; Boldt (2006), S. 194 f., leitet ausführlich her, warum Spekulationspreise in der kalkulierten Höhe beim Entschädigungsanspruch zu berücksichtigen sind und Kostensteigerungen wegen Lohnerhöhung, Materialpreiserhöhung und für Nachunternehmerleistungen bei einer Entschädigung nicht angesetzt werden dürfen.

### 3.3.2.1 Systematik der Entschädigungsberechnung

Für die Ermittlung der Höhe der Entschädigung ist, wie beim Anspruch auf Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen nach § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B, die vereinbarte Vergütung maßgeblich. Die Berechnung ist somit losgelöst von tatsächlichen Mehrkosten, so dass im Gegensatz zur Schadensberechnung i. S. v. § 6 Nr. 6 VOB/B somit auch keine tatsächlichen Kosten festgestellt und anhand von Rechnungsbelegen o. Ä. nachgewiesen werden müssen. Stattdessen ist die vom Auftragnehmer verwendete Preisermittlungsgrundlage anhand der hinterlegten Vertragskalkulation bzw. der Urkalkulation und/oder mit Hilfe sonstiger geeigneter Dokumente plausibel darzulegen und die Entschädigung für zusätzliche zeitabhängige Kosten, aber auch zusätzliche einmalige Kosten und weitere Kosten infolge der geänderten Vertragsumstände nach Beendigung des Annahmeverzugs hiermit zu berechnen.<sup>172</sup>

Im Hinblick auf die Systematik zur Ableitung der Entschädigung aus dem vertraglich Vereinbarten ist darauf hinzuweisen, dass zur Zeit der Entstehung des § 642 BGB in seiner heutigen Form, d. h. um ca. 1900, unter *vereinbarter Vergütung* inhaltlich etwas anderes verstanden wurde. Eine Preisermittlung bzw. Kalkulation im heute üblichen Sinne fand zu diesem Zeitpunkt noch nicht statt. Es wurden vielmehr im Sinne einer Kostenermittlung durch den Planer marktübliche Preise anhand von abgerechneten Bauvorhaben veranschlagt. Dementsprechend wurde mehr ein Preisniveau als eine Preisermittlungsgrundlage vereinbart. Bei Einheitspreisen ergaben sich somit keine Preisdifferenzen aus von Auftragnehmern unterschiedlich veranschlagten Zuschlagssätzen oder Umlagebeträgen für Gemeinkosten.

Die Anwendung von § 642 BGB in der heutigen Zeit erfordert die Differenzierung der Bestandteile der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags. Neben den direkten Kosten (Einzelkosten der Teilleistungen) sind auch Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Aufgrund der Anlehnung an die vereinbarte Vergütung hat die Entschädigungsberechnung daher nach KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT<sup>173</sup> wie bei der Vergütungsberechnung schrittweise zu erfolgen:

- Die direkten zusätzlichen Kosten für Personal-, Material- oder Gerätevorhaltung sind aus der Preisermittlungsgrundlage abzuleiten (dadurch ist die Berücksichtigung des Vertragspreisniveaus gegeben).
- Baustellengemeinkosten werden nicht pauschal als Zuschlag auf die direkten Kosten aufgeschlagen, da sie durch die vertraglich vereinbarte Vergütung abgegolten sind. Erhöhte Baustellengemeinkosten, z. B. aus zeitabhängigen Bestandteilen der Vorhaltung der Baustelleneinrichtung, sind wie zusätzliche direkte Kosten aufzufassen.
- Die errechneten, zu entschädigenden Kosten sind mit den kalkulierten Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten zu beaufschlagen.

<sup>172</sup> Vgl. Kniffka/Koeble (2004), S. 414 ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 705 ff. ; Kumlehn (2004), S. 28 ff. ; vgl. Ingenstau/Korbion (2004), S. 1904 f.

<sup>173</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 908.

- Wagnis und Gewinn sind ebenfalls mit den kalkulierten Zuschlägen den Kosten hinzuzurechnen.

Bezüglich Wagnis und Gewinn hat der BGH in seinem Urteil vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) ohne weitere Begründung entschieden, dass kalkulatorische Wagnis- und Gewinnanteile der vereinbarten Vergütung grundsätzlich nicht Bestandteil der Entschädigung sind (damit also auch nicht bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz). Diese Einschränkung des Entschädigungsanspruchs durch den BGH ist in der rechtlichen Literatur umstritten, da dem Auftragnehmer ohne nachvollziehbare Begründung ein Teil seiner vereinbarten Vergütung vorenthalten wird und er somit seine produktiven Kapazitäten einsetzen bzw. unproduktiv vorhalten muss, ohne dass hierfür ein Unternehmerlohn in Form des Gewinns beansprucht werden kann.<sup>174</sup>

Die verschiedenen Kostenarten sind systematisch auf störungsbedingte Mehrkosten zu untersuchen, wofür jedoch ein gewisser Informationsgehalt der Preisermittlungsgrundlage vorausgesetzt wird. Insbesondere die differenzierte Bewertung der Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten bereitet in dieser Hinsicht oftmals Probleme, weil mit pauschalen Verrechnungssätzen und Zuschlagswerten kalkuliert wird. In der vorgeschlagenen Berechnungssystematik ist darüber hinaus die Anrechnung ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs noch nicht enthalten.

### 3.3.2.2 Mehrkosten infolge Stillstands der Produktionsmittel

Eine schrittweise Ermittlung direkter Mehrkosten anhand der unterschiedlichen Kostenarten setzt eine entsprechend detaillierte Preisermittlungsgrundlage voraus. Wie bei der Vergütungsberechnung sind Informationen zu allen Kostenfaktoren erforderlich, die in die Ermittlung des vertraglich vereinbarten Preises eingeflossen sind, d. h. Kalkulationsansätze der Einzelkosten der Teilleistungen (Aufwands- und Leistungswerte, Mittellohn, Stoffkosten etc.), Höhe, Bestandteile und Art der Umlage von Baustellengemeinkosten, die Höhe des Zuschlags für Allgemeine Geschäftskosten und daneben auch die Einsatzplanung für Personal und Geräte. Vielfach liegen die benötigten Kostenbestandteile in der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags jedoch gar nicht, nicht in der benötigten Detailliertheit oder, wie bei den Gemeinkosten, nur in Form kumulierter Kostenbestandteile vor. Die Anforderungen an die Transparenz und Nachprüfbarkeit einer Entschädigungsforderung sind auf dieser Grundlage nur eingeschränkt oder mit hohem Aufwand zu erfüllen.

Für die Entschädigung von **Lohnkosten** sind die Dauer des Verzugs in Bezug auf die von der Störung betroffenen Leistungen, kalkulierte Lohnkostenansätze und die zum Störungszeit-

<sup>174</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 708 ; Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 908 ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1714 ; Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 237, Rdn. 324 ; ausführlich unter Hinzuziehung zahlreicher Quellen hierzu auch Boldt (2006), S. 196 ff.

Kniffka (2006), § 642, Rdn. 57, verteidigt die Rechtsprechung des BGH damit, dass im Rahmen des § 642 BGB nicht die Erwartung des Unternehmens geschützt ist, im Annahmeverzug Gewinn zu erzielen. Kniffka erkennt jedoch die Argumente gegen diese Rechtsprechung an (Kniffka (2006), § 642, Rdn. 58) und weist darauf hin, dass die Ablehnung eines Zuschlags für Gewinn sich auf den Gewinn beziehen könnte, der durch andere Aufträge erzielt worden wäre, wenn es den Annahmeverzug nicht gegeben hätte.

punkt vorgesehene Personalkapazität heranzuziehen. Detaillierte Informationen sollten daher für einzelne Leistungen zu Aufwandswerten, deren Randbedingungen, Mittellohn sowie der Kapazitätsplanung über die Zeit vorliegen.

Ebenso gilt für zu entschädigende **Materialkosten**, dass die entsprechenden Kalkulationsansätze der Preisermittlungsgrundlage für die von der Störung betroffenen Positionen zu entnehmen sein müssen. Da Materialkosten jedoch überwiegend nicht zeitsensitiv sind und die vertraglich vereinbarte Vergütung lediglich zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt, fließen diese häufig nicht in die Entschädigungsforderung mit ein. Zu beachten sind jedoch zusätzliche Kosten durch Materialpreissteigerungen aufgrund der infolge der Störung späteren Beschaffung des Materials. **Gerätekosten** enthalten hingegen in der Regel sowohl zeitabhängige (z. B. Abschreibung und Verzinsung) als auch zeitunabhängige Bestandteile (z. B. Transportkosten oder Betriebsstoffkosten). Eine gegebenenfalls erforderliche Schätzung der Kosten für Eigengeräte kann auf Angaben der Baugeräteliste basieren, ist jedoch dem vertraglich vereinbarten Preisniveau anzupassen.<sup>175</sup> Zusammen mit einer Ressourcenplanung sind anhand dieser Angaben die zusätzlichen Kosten zu bestimmen.

Zu entschädigende **Baustellengemeinkosten** sind wie direkte Kosten für die effektive Dauer einer durch eine unterlassene Mitwirkungshandlung verursachten Störung ebenfalls anhand der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags zu ermitteln. Grundsätzlich ergeben sich geänderte Baustellengemeinkosten zunächst aus der geänderten zeitlichen Beanspruchung des Baustellengemeinkostenapparats. Darüber hinaus können sich Baustellengemeinkosten auch während der Dauer des Verzugs in ihrer Zusammensetzung verändern, weil beispielsweise Teile erspart oder anderweitig erworben werden können. Kernproblem der Entschädigungsberechnung insbesondere für zusätzliche Baustellengemeinkosten ist, dass sie zwar wie direkte Kosten zu behandeln sind, aber maßgebliche Angaben aus der Vertragskalkulation gar nicht oder nur indirekt in kumulierter Form hervorgehen und somit eine Entschädigung für einzelne Leistungen, die durch die Baustellengemeinkosten abgedeckt werden, nur schwer nachprüfbar ist.<sup>176</sup>

Für den Fall, dass **Nachunternehmerleistungen** (Fremdleistungskosten) Bestandteil einer Entschädigungsforderung sind – beispielsweise durch den nicht ohne zusätzliche Kosten zu verschiebenden Nachunternehmereinsatz – ergibt sich das Problem, dass der Auftraggeber kein Recht auf Einsichtnahme in die Vertragsunterlagen zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer besitzt, da es sich um ein anderes Vertragsverhältnis handelt. Somit ist jedoch für den Auftraggeber keine ausreichende Transparenz einer Entschädigungsberechnung gegeben, da dieser Teil der Forderung nicht auf die Übereinstimmung mit den kalkulierten Werten überprüft werden kann. Der Auftraggeber hat allerdings Anspruch auf eine hinreichend plausible Aufschlüsselung der Fremdleistungskosten, wobei die

<sup>175</sup> Also auch hier entsprechend wie bei der Vergütung. Vgl. auch Boldt (2006), S. 202.

<sup>176</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 449, Rdn. 1099 ; Kumlehn (2004), S. 32.

Übereinstimmung einzelner Kostenbestandteile mit den tatsächlich kalkulierten Werten nicht nachgewiesen werden muss.<sup>177</sup>

Nach der oben dargestellten Systematik sind die errechneten zu entschädigenden Mehrkosten mit dem kalkulierten Zuschlag für **Allgemeine Geschäftskosten** zu beaufschlagen. Unklar bleibt, ob mit dem kalkulierten Zuschlag der prozentuale Zuschlagssatz oder der Deckungsbeitrag für Allgemeine Geschäftskosten als absoluter Betrag gemeint ist. Das OLG Schleswig stellte in einem Urteil vom 11.05.1995 (7 U 214/91) zur Vergütungsberechnung heraus, dass die Preisermittlungsgrundlage maßgeblich ist. Anlass war die Frage, ob Allgemeine Geschäftskosten, wie in der hinterlegten Kalkulation explizit abzulesen, als feste Größe zu behandeln sind, oder ob sie, gemäß der vom Auftragnehmer vorgetragenen Preisermittlungsgrundlage, eine umsatzabhängige Größe darstellen. KAPELLMANN/SCHIFFERS<sup>178</sup> weisen darauf hin, dass die durch die Störung aufgetretenen zusätzlichen Kosten mit dem Zuschlag für Allgemeine Geschäftskosten zu versehen sind, weil die zusätzlichen direkten Kosten eine Kapazitätsbindung widerspiegeln und diese Kapazitäten ansonsten anderweitig entsprechende Deckungsanteile für Allgemeine Geschäftskosten hätten erwirtschaften können. Die Frage der Deckung Allgemeiner Geschäftskosten bei Bauablaufstörungen ist sehr kompliziert und wird kontrovers diskutiert.<sup>179</sup> Im Zusammenhang mit der Bearbeitung eines Beispiels in Kapitel 4 wird auf die Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten bei der Entschädigungsberechnung noch detaillierter eingegangen (siehe Kapitel 4.5). Eine abschließende Klärung dieser Problematik kann jedoch in der vorliegenden Arbeit nicht erfolgen.

**Wagnis** und **Gewinn** sind keine Kosten, sondern Preisbestandteile, über deren Verrechnung bei der Entschädigungsermittlung allerdings intensiv diskutiert wird (siehe Fn. 174). Im Rahmen dieser Arbeit wird entsprechend dem Urteil des BGH vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) davon ausgegangen, dass keine Zuschläge für Wagnis und Gewinn in die Entschädigung eingerechnet werden dürfen. Sollte sich die Rechtsprechung ändern, würde hinsichtlich der Berechnung der erforderlichen Deckungsbeiträge für Wagnis und Gewinn aufgrund der ebenfalls prozentualen Bezuschlagung sinngemäß ähnliches gelten wie für die Allgemeinen Geschäftskosten.

### 3.3.2.3 Zusätzliche Kosten infolge der Bauablaufstörung

Die vereinbarte Vergütung ist nicht nur Bewertungsmaßstab für Stillstandskosten der Produktionsmittel während des Störungszeitraums, sondern auch für die Ermittlung zusätzlicher Kosten, die erst infolge des Annahmeverzugs erforderlich wurden.<sup>180</sup> Aus diesem Grund ist die Höhe der Entschädigung nicht auf den vereinbarten Vertragspreis begrenzt. Zusätzliche Kosten können durch Maßnahmen zur Verringerung der Auswirkungen des

<sup>177</sup> Vgl. Kumlehn (2004), S. 31.

<sup>178</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 403, Rdn. 1006.

<sup>179</sup> Ausführlich zur Unterdeckung Allgemeiner Geschäftskosten bei Bauablaufstörungen und den verschiedenen Meinungen in der Literatur siehe Noosten (2005).

<sup>180</sup> Vgl. Palandt (2006), § 642, Rdn. 5.

Annahmeverzugs entstehen, also beispielsweise durch Verwaltungsmehraufwand, Beschleunigungskosten oder auch Transportkosten für Personal oder Geräte, um anderweitigen Erwerb auf einer Ersatzbaustelle zu ermöglichen. Nicht zu verwechseln sind diese Ansprüche mit dem Ersatz von Mehraufwendungen nach § 304 BGB, der sich lediglich auf Kosten für das erfolglose Angebot und die Aufbewahrung und Erhaltung bereits erbrachter Teilleistungen infolge eines Annahmeverzugs bezieht.<sup>181</sup>

Darüber hinaus kann die zeitliche Verschiebung der weiteren Bauausführung dazu führen, dass Mehrkosten aufgrund höherer Material- und Lohnkosten zum Zeitpunkt der tatsächlichen, nun aber späteren Leistungserbringung anfallen oder erhöhter Aufwand wegen Verschiebung in eine ungünstige Jahreszeit anfällt. Der Mehrkostenanspruch erstreckt sich auch über diese zusätzlichen Kosten, da der Werklohnanspruch des Auftragnehmers nicht durch den Annahmeverzug des Auftraggebers geschmälert werden darf.<sup>182</sup> Der Nachweis und die Bewertung schwankender Material- oder Lohnkosten führen allerdings zwangsläufig zu einer Reihe von Problemen, angefangen von der Einschätzung zur Üblichkeit eines höheren Materialpreises bis hin zur Dokumentation des Zusammenhangs zwischen Kapazität, Kosten und Zeit.<sup>183</sup>

Ähnlich wie bei zusätzlichen Leistungen ist also für die Bewertung zusätzlicher Leistungen, die infolge einer unterlassenen Mitwirkungshandlung und einem nachfolgenden Annahmeverzug entstehen, das Preisniveau der vertraglich vereinbarten Leistung maßgebend. Entsprechende Material- oder Lohnkostenänderungen sind vor diesem Hintergrund mit Hilfe geeigneter Preisniveaufaktoren anzupassen. Die Systematik der Berechnung kann aus der Vergütungsberechnung für eine zusätzliche Leistung übertragen werden.

#### **3.3.2.4 Sachverständigenkosten**

Eine abschließende Rechtsprechung zum Ersatz von Sachverständigenkosten beim Entschädigungsanspruch, beispielsweise um die geforderte bauablaufbezogene Darstellung der Auswirkungen des Annahmeverzugs auszuarbeiten, ist bisher noch nicht erfolgt. Im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs, zu dem der Entschädigungsanspruch eine alternative Anspruchsgrundlage darstellt, zählen Sachverständigenkosten zu den zu ersetzenden Kosten. In welcher Form solche Kosten anhand der vereinbarten Vergütung bewertet werden können, ist unklar.<sup>184</sup>

Grundsätzlich muss die Geltendmachung von Mehrkosten beispielsweise für die Ausarbeitung einer bauablaufbezogenen Darstellung allerdings in angemessener Form auch beim Entschädigungsnachweis möglich sein, da nicht einerseits zumindest teilweise Anforderungen an den Nachweis ähnlich wie beim Schadensersatz gefordert werden können,

<sup>181</sup> Vgl. Boldt (2006), S. 192, mit Verweis auf Kniffka (2006), § 642, Rdn. 50 ff.; ausführlich hierzu auch Staudinger/Peters (2003), S. 620; Kniffka/Koeble (2004), S. 414, Leinemann (2002), S. 242.

<sup>182</sup> Vgl. Langen/Schiffers (2005), S. 834, Rdn. 2533; Kniffka (2006), § 642 Rdn. 56; beide mit Verweis auf Staudinger/Peters (2003), § 642 Rdn. 28.

<sup>183</sup> Vgl. Kumlehn (2004), S. 28 ff.

<sup>184</sup> Vgl. Boldt (2006), S. 202, die einen Anspruch auf vollständige Erstattung von Sachverständigenkosten nur nach § 6 Nr. 6 VOB/B anerkennt.



andererseits der Auftragnehmer sich aber die Kosten für die Erfüllung dieser Anforderungen nicht erstatten lassen kann.

### 3.3.2.5 Verpflichtung zur Geringhaltung des Entschädigungsanspruchs

Aus rechtlicher Sicht bisher ungeklärt ist ebenso die Frage, inwieweit der Auftragnehmer verpflichtet ist, Maßnahmen zur Geringhaltung des Entschädigungsanspruchs zu ergreifen. KNIFFKA vertritt die Auffassung, dass „Beschleunigungskosten ersatzfähig sind, soweit sie dazu dienen und geeignet sind, den ansonsten entstehenden Verzögerungsschaden gering zu halten.“<sup>185</sup> Im Gegenzug zur Verpflichtung, die Folgen des Annahmeverzugs gering zu halten, sei dem Auftragnehmer dafür eine nach den Maßstäben der vereinbarten Vergütung zu berechnende Vergütung für diese Beschleunigungsmaßnahmen zu zahlen.<sup>186</sup> BOLDT<sup>187</sup> verweist darauf, dass es sich bei der Entschädigung um einen Anspruch mit Vergütungscharakter handele und dass es weder Verschuldenserwägungen gäbe, noch Vermögenslagen vor und nach der Störung miteinander verglichen werden können. Eine Verpflichtung zur Geringhaltung des Entschädigungsanspruchs wird mit der Begründung abgelehnt, dass für den Auftragnehmer auch keine Verpflichtung existiere, einen Vergütungsanspruch infolge geänderter oder zusätzlicher Leistungen gering zu halten. Beschleunigungskosten seien somit weiterhin nach § 6 Nr. 6 VOB/B zu beurteilen.<sup>188</sup>

Eine weitere intensive rechtliche Diskussion zur Frage der „Entschädigungsminderungspflicht“ ist zu erwarten. Grundsätzlich muss jedoch gelten, dass in der Preisermittlungsgrundlage bisher nicht vorhandene Kosten – seien es Kosten infolge von Beschleunigungsmaßnahmen oder sonstige Kosten, die erst infolge des Annahmeverzugs entstehen (z. B. Umplanungs- oder zusätzliche Dispositionskosten) – an das vertraglich vereinbarte Preisniveau anzupassen sind, sofern sie als Entschädigung geltend gemacht werden sollen. Ansonsten wäre eine der Schadensersatzberechnung sehr nahe kommende Berechnungssystematik vorhanden, die dem Grundsatz, dass ein Entschädigungsanspruch nach Vergütungsgrundsätzen zu bewerten ist, zuwider liefe.

In gewisser Weise handelt es sich aus baubetriebswirtschaftlicher Sicht bei der Forderung der Gegenrechnung ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs bereits um eine Pflicht zur Entschädigungsminderung, insbesondere da jede mögliche Ersparnis und jeder mögliche anderweitige Erwerb anzusetzen sind.

<sup>185</sup> Kniffka (2006), § 642, Rdn. 59.

<sup>186</sup> Wobei Kniffka (2006), § 642, Rdn. 59, darauf hinweist, dass der Anspruch auf Ersatz der Beschleunigungskosten ähnlich wie beim Schadensersatz nicht über den ohne Ausführung dieser zusätzlichen Maßnahmen entstandenen Anspruch hinausgehen kann.

<sup>187</sup> Vgl. Boldt (2006), S. 199 f.

<sup>188</sup> Ein Anspruch auf Ersatz der Beschleunigungskosten nach § 6 Nr. 6 VOB/B kann allerdings nur geltend gemacht werden, wenn eine schuldhafte Pflichtverletzung vorliegt, ist also nicht in jedem Fall eines Anspruchs auf Entschädigung durchsetzbar.

### 3.3.3 Ersparte Aufwendungen

Wie bereits erläutert, sollen durch die Entschädigung die Nachteile ausgeglichen werden, die der Auftragnehmer infolge des Annahmeverzugs erleidet. Es ist bei der Entschädigungsberechnung aber auch zu berücksichtigen, welche Aufwendungen durch den Auftragnehmer erspart werden können, da er durch die Störung auch nicht besser gestellt sein soll. Da sich sowohl durch die Berücksichtigung ersparter Aufwendungen als auch anderweitigen Erwerbs (siehe Kapitel 3.3.4) die verbleibende Entschädigung vermindert, kann insbesondere die Frage der zutreffenden Bewertung dieser Entschädigungsbestandteile zu erheblichem Streit zwischen den Vertragsparteien führen.

#### 3.3.3.1 Parallelen und Unterschiede zur Abrechnung nach einer Kündigung

Bei der Ermittlung der Bestandteile einer Entschädigung nach § 642 BGB sind Parallelen zu den Abrechnungsmodalitäten nach Kündigung durch den Auftragnehmer (§ 9 Nr. 3 VOB/B) und nach freier Kündigung des Auftraggebers (§ 649 BGB bzw. § 8 Nr. 1 VOB/B) festzustellen. Nach § 9 Nr. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer ebenfalls einen Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB, nach § 649 BGB bzw. § 8 Nr. 1 VOB/B wird analog zu § 642 BGB auf die vereinbarte Vergütung, ersparte Aufwendungen (Kosten)<sup>189</sup> und anderweitigen Erwerb verwiesen.<sup>190</sup> Bei der Erörterung einzelner Aspekte zur Ermittlung der Entschädigungshöhe, insbesondere aber zur Bewertung ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs sind daher neben allgemeinen Grundsätzen der Vergütungsberechnung auch Grundsätze zur Abrechnung nach einer Kündigung heranzuziehen. Der Grundgedanke für die Abrechnung nach der freien Kündigung gemäß § 649 BGB ist in ähnlicher Form auch auf die Entschädigungsberechnung zu übertragen, nämlich dass infolge der Kündigung (übertragen hier also die Störung) keine Partei bei der Abrechnung Vor- oder Nachteile erleiden soll, die sie nicht auch bei ungestörter Durchführung des Vertrags gehabt hätte.<sup>191</sup>

Der wesentliche Unterschied zur Kündigung besteht allerdings darin, dass die Leistungsausführung nicht abgebrochen wird und damit Material und Kapazitäten auf dieser Baustelle endgültig nicht mehr benötigt werden, sondern dass Material und Kapazitäten nur temporär ohne Verwendung sind und später durchaus benötigt werden. Darüber hinaus folgt aus einer Kündigung oftmals eine Verkürzung, aus einer unterlassenen Mitwirkungshandlung mit nachfolgendem Annahmeverzug hingegen regelmäßig eine Verlängerung der Bauzeit. Im Unterschied zur Kündigung erfolgt die vollständige vertraglich vereinbarte Vergütung, da auch die Leistungserbringung weiterhin erfolgt, nur eben mit der entsprechenden zeitlichen

<sup>189</sup> Zwischen § 649 BGB und § 8 Nr. 1 VOB/B besteht ein wörtlicher (jedoch nicht inhaltlicher) Unterschied: im BGB sind ersparte *Aufwendungen* anzusetzen, laut VOB ersparte *Kosten*. Im Zusammenhang mit der Bemessung ersparter Aufwendungen bzw. Kosten sind letztlich immer Kosten entscheidend, weshalb die Begriffe – wie durch die in § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B kenntlich gemachte Deckungsgleichheit der Vorschriften bereits vorgeben – gleichrangig benutzt werden, obwohl nach allgemeiner Betriebswirtschaftslehre Kosten aus dem Aufwand abgeleitet werden.

<sup>190</sup> Vgl. Diehr (2004), S. 51.

<sup>191</sup> Vgl. Kniffka (2000), S. 1 ff., mit Verweis auf den BGH, Urteil vom 21.12.1995 (VII ZR 198/94).

Verzögerung. Bei den ersparten Kosten im Rahmen der Entschädigungsberechnung kann es sich deshalb im Regelfall nur um Kostenanteile der zu entschädigenden zusätzlichen zeitabhängigen Kosten handeln.

### 3.3.3.2 Darlegungs- und Beweislast

Die primäre Darlegungslast zu ersparten Aufwendungen obliegt dem Auftragnehmer, der die Ersparnis vorzutragen und zu beziffern hat. Die Berechnung des Entschädigungsanspruchs muss es dem Auftraggeber ermöglichen, zu prüfen, ob diese Abzüge richtig ermittelt wurden, d. h. die Grundlagen zur Preisbildung, insbesondere also die Kalkulation (einschließlich der Baustellengemeinkosten), müssen ausreichend transparent vorliegen und es sind gegebenenfalls Einblicke in die Grundlagen der Abrechnung erforderlich.<sup>192</sup> Der Auftraggeber hätte gegebenenfalls zu beweisen, dass die Abzüge *nicht* in der richtigen Höhe angesetzt wurden.<sup>193</sup>

Im Zusammenhang mit den bei einer Vergütungsberechnung nach § 649 BGB zu ermittelnden ersparten Aufwendungen wird von den vorzutragenden kalkulatorischen Grundlagen gefordert, dass sie die Identifizierung einzelner Aufwendungen zulassen müssen.<sup>194</sup> So entschied der BGH 1999 im Zusammenhang mit dem Kündigungsrecht nach § 649 BGB zur Frage der Darlegung ersparter Aufwendungen, dass der Unternehmer diese unter Zugrundelegung seiner Kalkulation vorzutragen hat (BGH, Urteil vom 14.01.1999, VII ZR 277/97). Der Umfang des Einblicks in die kalkulatorischen Grundlagen der Abrechnung muss demnach so umfangreich sein, dass dem Besteller eine sachgerechte Einschätzung der korrekten Höhe der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs möglich ist. Ebenfalls im Zusammenhang mit der Kündigung des Vertrags beschäftigte sich der BGH in einer weiteren Entscheidung mit der vereinbarten Vergütung und ersparten Aufwendungen (BGH, Urteil vom 24.06.1999, VII ZR 342/98). Besonders verwiesen wurde darauf, dass die Kalkulation der Baustellengemeinkosten detailliert aufgeschlüsselt sein muss, damit die hierin geltend gemachten Kosten und die anteilig ersparten Aufwendungen nachgewiesen werden können.

### 3.3.3.3 Berechnungsgrundlage ersparter Aufwendungen

Berechnungsgrundlage für die ersparten Aufwendungen sind die Vertragsunterlagen unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Kalkulation. Von den kalkulatorisch ermittelten, zusätzlichen Kosten sind einzelne Kostenbestandteile abzuziehen, die der Auftragnehmer ersparen kann. Unterschiedliche Meinungen bestehen allerdings darüber, inwieweit zur Bezifferung der ersparten Aufwendungen von den in der vereinbarten Vergütung festgelegten

<sup>192</sup> Vgl. Kniffka (2000), S. 9 f., weist darauf hin, dass die Offenlegung der Kalkulation nicht zwingend erforderlich ist, sondern u. a. von den besonderen Umständen der Situation und dem Informationsbedürfnis des Auftraggebers abhängt. Vgl. auch Ingenstau/Korbion (2004), S. 1791.

<sup>193</sup> Vgl. Staudinger/Peters (2003), § 642, S. 620, Rdn. 26. ; siehe hierzu auch BGH-Urteil vom 21.12.1995 (VII ZR 198/94), BGH-Urteil vom 11.02.1999 (VII ZR 399/97) und BGH-Urteil vom 21.12.2000 (VII ZR 467/99).

<sup>194</sup> Vgl. Quack (1997), S. 314.

Sätzen abgewichen werden darf oder muss, sofern sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass sich die Kosten tatsächlich anders als geplant ergeben hätten.<sup>195</sup>

Nach aktueller Rechtsprechung des BGH ist für eine Berechnung ersparter Aufwendungen nach einer Kündigung unter dem Aspekt der Vor- und Nachteilswahrung als Bemessungsgrundlage die tatsächliche Entwicklung der Kosten heranzuziehen, die bei Durchführung des Vertrags tatsächlich aufgetreten wäre. Eine kalkulatorische Bewertung kommt demnach lediglich in Betracht, wenn sich keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung ergeben (BGH, Urteil vom 22.09.2005, VII ZR 63/04).

Die Ermittlung tatsächlich ersparter Kosten ist indes mit einigen Schwierigkeiten verbunden, da es sich stets um eine Prognose handelt. Wären die Kosten schon angefallen, könnten sie nicht erspart werden. Daher können tatsächliche Ersparnisse nur angesetzt werden, wenn die entsprechenden Kosten bereits sicher zu ermitteln, aber noch nicht angefallen sind. Ein Auftragnehmer wird vermeiden, das Prognoserisiko der Kostenentwicklung zu übernehmen, wenn sich daraus für ihn ein finanzieller Nachteil ergibt.

KAPELLMANN/SCHIFFERS<sup>196</sup> argumentieren im Zusammenhang mit der freien Kündigung, dass die zu ermittelnden ersparten Aufwendungen grundsätzlich auf Basis der Vertragskalkulation zu ermitteln sind und tatsächlich ersparte Kosten vom Auftragnehmer angerechnet werden *dürfen*, wenn es für ihn günstiger ist. Dem auftraggeberseitigen Privileg der freien Kündigung wird entgegengestellt, dass der Auftragnehmer in keinem Fall schlechter gestellt werden dürfe, als bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrags.<sup>197</sup> Ein solches Wahlrecht des Auftragnehmers ist jedoch nicht mit der aktuellen Rechtsprechung zur Anrechnung ersparter Aufwendungen vereinbar.

Aufgrund des Vergütungscharakters des Entschädigungsanspruchs müssen auch Nachteile aus Kalkulationsfehlern oder taktisch kalkulierten Einheitspreisen bei der Anrechnung ersparter Aufwendungen erhalten bleiben (also entsprechend dem bereits erwähnten Prinzip „schlechter Preis bleibt schlechter Preis – guter Preis bleibt guter Preis“<sup>198</sup>). Dies ist jedoch nur gegeben, wenn die ersparten Aufwendungen danach bewertet werden, was der Auftragnehmer

---

<sup>195</sup> Vgl. Kniffka (2000), S. 10 ; Kniffka/Koeble (2004), S. 449, bezeichnen in ihrem Kurzbeispiel die tatsächlich ersparten Aufwendungen für maßgeblich ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1790, Rdn. 45 ähnlich, jedoch werden auch Argumente für die Bewertung nach kalkulatorischen Ansätzen diskutiert ; auf die kalkulatorischen Kosten verweisen hingegen Kapellmann/Schiffers (2000b), S. 490 ff., Rdn. 1360 ff. und Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 949 ; Quack (1997), S. 312 f., weist darauf hin, dass Kalkulationsfehler und taktisch kalkulierte Einheitspreise nicht unbemerkt korrigiert werden dürfen.

<sup>196</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000b), S. 490 ff., die trotz Kenntnis früherer, in die gleiche Richtung wie das BGH-Urteil vom 22.09.2005 (VII ZR 63/04) gehender Urteile, diese Auslegung hinsichtlich der Berechnungsgrundlage für die ersparten Aufwendungen vertreten. Vgl. auch Langen/Schiffers (2005), S. 835, Rdn. 2533.

<sup>197</sup> Entsprechend könnte bei der Entschädigung als Privileg angesehen werden, dass aufgrund unterlassener Mitwirkungshandlungen – sofern es sich nicht um Vertragspflichten handelt – kein Schadensersatzanspruch besteht und der Auftraggeber nicht zur Erbringung gezwungen werden kann.

<sup>198</sup> Siehe Fn. 29.

tatsächlich ersparen kann – sofern dies bestimmbar ist und auch nur bis zur Höhe des Entschädigungsanspruchs.<sup>199</sup>

Ist auf kalkulatorische Berechnungsansätze zurückzugreifen, dann müssen diese sich zumindest auf die tatsächliche und nicht auf die ursprünglich für die Vertragskalkulation geplante Bauausführung beziehen. Hierauf wird in Kapitel 4 in Szenario 2 näher eingegangen.

### 3.3.3.4 Ersparnis einzelner Kostenarten

Als ersparte Aufwendungen sind analog zur Vorgehensweise bei der freien Kündigung die Aufwendungen anzusetzen, die infolge der temporären Unterbrechung der Arbeiten nicht anfallen. Dies betrifft in erster Linie Aufwendungen, die auch kurzfristig noch disponibel sind und somit während des Störungszeitraums nicht kostenwirksam werden. Anders als bei der Kündigung nach § 649 BGB bzw. § 8 Nr. 1 VOB/B, bei der dem Anspruch auf vereinbarte Vergütung ebenfalls eine Anrechnung ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs gegenübergestellt wird, kommt es bei § 642 BGB jedoch nicht auf ein böswilliges Unterlassen an.<sup>200</sup>

**Lohn- und Personalkosten** sind in der Regel nicht als ersparte Aufwendungen anzurechnen. Bei einer Unterbrechung werden Kapazitäten im Gegensatz zur freien Kündigung nur temporär für diesen Auftrag nicht benötigt, d. h. nach Beendigung des Annahmeverzugs müssen die Arbeiten fortgeführt werden können, weshalb eine Reduzierung des Personals im Regelfall nicht möglich ist.<sup>201</sup> Allenfalls können einzelne Kostenanteile erspart werden (z. B. Fahrtkosten, Auslösung), möglicherweise ist aber auch ein anderweitiger Einsatz des Personals möglich.

**Materialkosten** enthalten überwiegend keine zeitabhängigen Bestandteile und verursachen keine zusätzlichen Kosten, die somit auch nicht erspart werden könnten. **Gerätekosten** sind nur begrenzt zu den ersparten Aufwendungen zu zählen, da lediglich Teile zeitabhängiger Mehrkosten einzusparen sind. Wie Personal- können auch Gerätekosten eher anderweitig eingesetzt als erspart werden.

**Baustellengemeinkosten** sind nur teilweise zu den ersparten Aufwendungen zu zählen. Mehrkosten entstehen im Wesentlichen nur bei zeitabhängigen Kosten durch den Stillstand der Produktionsmittel. Einzelne Bestandteile innerhalb der zeitabhängigen Kosten (z. B. Reparaturkosten) sind jedoch durchaus als ersparte Aufwendungen anzusetzen, da diese während eines Stillstands nicht oder nicht in der kalkulierten Höhe anfallen. Eine entsprechend detaillierte Aufgliederung der Kalkulation ist zwingend erforderlich, damit ersparte Kosten herausgerechnet werden können.

---

<sup>199</sup> Vgl. Quack (1997), S. 312 ff.

<sup>200</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 642, Rdn. 60 ; Boldt (2006), S. 198 f. ; Zu der Anrechnung einzelner Kostenbestandteile als ersparte Aufwendungen siehe Ingenstau/Korbion (2004), S. 1792 ff.

<sup>201</sup> Vgl. Kniffka/Koebler (2004), S. 450, die im Zusammenhang mit ersparten Aufwendungen bei der freien Kündigung des Bauvertrags (also einem Abbruch der Arbeiten) darauf hinweisen, dass keine Verpflichtung zur Kündigung des Personals besteht. Dies muss erst recht für eine Unterbrechung gelten und ist somit analog auf die Entschädigung zu übertragen.

Sind Nachunternehmerverträge bereits abgeschlossen, dann wird der Nachunternehmer möglicherweise selbst Kosten wegen des Verzugs geltend machen, so dass **Nachunternehmerkosten** unter Umständen nicht oder nur teilweise erspart werden können.<sup>202</sup>

**Allgemeine Geschäftskosten** fallen bei der freien Kündigung nicht unter die ersparten Aufwendungen, da sie umsatz- oder zeitbezogen für eine bestimmte Bauzeit kalkuliert wurden und es bei der freien Kündigung durch den Wegfall von Leistungen nicht zu einer Unterdeckung der Kosten des Auftragnehmers kommen soll. Dies muss auch bei einer Verlängerung der Bauzeit im Fall einer Entschädigungsberechnung gelten, da der gleiche Umsatz durch die Störung nun über eine längere Zeit erbracht wird (auf den Umgang mit Allgemeinen Geschäftskosten wird ausführlich in Kapitel 4.5 eingegangen). Allgemeine Geschäftskosten können allenfalls durch anderweitigen Erwerb abgedeckt werden.

**Wagnis und Gewinn** sind keine Kosten und können bei der freien Kündigung in vollem Umfang beansprucht werden, da sie preisbildende Bestandteile des Einheitspreises aber keine Kosten und deshalb nicht anzurechnen sind. Wäre ein Anspruch auf Wagnis und Gewinn durch den BGH bei der Entschädigung nicht ausgeschlossen worden, dann könnten entsprechend auch bei einer Entschädigung nach § 642 BGB Wagnis und Gewinn nicht erspart werden.

Die theoretische Höhe der ersparten Aufwendungen ist auf die Höhe der anhand der vereinbarten Vergütung bestimmten Entschädigung begrenzt. Erstattungsansprüche des Auftraggebers kommen nicht in Betracht.<sup>203</sup> Da sich die Ermittlung ersparter Aufwendungen auf einzelne Bestandteile der vereinbarten Vergütung bezieht, ist auch hierzu eine detaillierte und aussagekräftige Darstellung der Preisermittlungsgrundlage erforderlich. Insbesondere im Bereich der Gemeinkosten können jedoch oftmals aufgrund der angewandten Kalkulationsmethoden mit prozentualen Zuschlagssätzen einzelne, möglicherweise ersparte Aufwendungen in den Gemeinkosten nicht mehr identifiziert werden.

### 3.3.4 Anderweitiger Erwerb

Weiterer Bestandteil einer Entschädigungsberechnung ist die Bestimmung der Aufwendungen, die anderweitig erworben werden können (anderweitiger Erwerb). Da es bei der Unterlassung anderweitigen Erwerbs nicht auf *böswilliges Unterlassen* des Auftragnehmers ankommt, muss er sich jeden möglichen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen.<sup>204</sup> Laut STAUDINGER/PETERS<sup>205</sup> sind dem Auftragnehmer sogar Arbeiten unter Selbstkosten

<sup>202</sup> Von Kniffka/Koeble (2004), S. 450, wird zur freien Kündigung vorgeschlagen, dass zunächst die volle Subunternehmervergütung als erspart anzusetzen (der Auftragnehmer kann ja seinerseits frei kündigen) und erst später durch den Auftragnehmer die tatsächlich für den Nachunternehmer angefallene (prüfbar abgerechnete) Vergütung nachzufordern ist. Diese Regelung muss aus Auftragnehmersicht als nicht nur für die Entschädigungsberechnung ungeeignet bezeichnet werden.

<sup>203</sup> Vgl. Quack (1997), S. 312 f., im Zusammenhang mit der Anrechnung ersparter Aufwendungen bei der freien Kündigung. Dies ist übertragbar auf die Anrechnung ersparter Aufwendungen bei der Entschädigung.

<sup>204</sup> Boldt (2006), S. 198 f. gibt zu bedenken, dass durch den Verzicht auf subjektive Kriterien bei der Feststellung anderweitigen Erwerbs, der Auftragnehmer sich jeden möglichen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen muss und damit schlechter gestellt wird, als beim Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B.

<sup>205</sup> Vgl. Staudinger/Peters (2003), S. 619, § 642, Rdn. 26.

zuzumuten, da die Differenz zur Kostendeckung durch die Entschädigung für die gestörte Baustelle erstattet wird.

Aus Auftragnehmersicht muss eine rechtliche Verpflichtung zur Akquisition und Ausführung von Ersatzaufträgen zu nicht kostendeckenden Preisen als höchst problematisch eingestuft werden, obwohl die Kostenunterdeckung für den Auftragnehmer durch den verbleibenden Entschädigungsanspruch des gestörten Bauauftrags abgedeckt ist. Es bestünde damit bei jeder Ausschreibung die Möglichkeit, dass einer oder mehrere Bieter ein Angebot mit durch eine Entschädigung „subventionierten“ Preisen abgeben. Darüber hinaus besteht erhebliches Streitpotenzial im Umgang mit den Folgen einer Störung des Ersatzauftrags, z. B. infolge einer Leistungsmodifikation beim Ersatzauftrag, die ebenfalls nach den untergedeckten Preisen zu vergüten wäre. Nachvollziehbar ist jedoch auch die Forderung des Auftraggebers des gestörten Bauauftrags, dass der Auftragnehmer unter allen Umständen versuchen soll, seine Arbeitskraft anderweitig einzusetzen, um die zu leistende Entschädigungszahlung zu mindern, selbst wenn dies nur zu einer teilweisen Kompensation der durch die Störung verursachten Kosten führt.<sup>206</sup>

Bezüglich der Darlegungs- und Beweislast kann auf die Ausführungen zu den ersparten Aufwendungen in Kapitel 3.3.3.2 verwiesen werden. Allerdings ist im Zusammenhang mit der Berücksichtigung anderweitigen Erwerbs festzustellen, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer kaum einen nicht angesetzten anderweitigen Erwerb nachweisen können. Den hierzu notwendigen umfassenden Einblick in die Auftrags- und Unternehmenssituation wird kein Auftragnehmer freiwillig gewähren.

#### **3.3.4.1 Identifizierung der anderweitigen Verwendung**

Für die Anrechnung eines anderweitigen Erwerbs ist zunächst der anderweitige Einsatz der Arbeitskraft zu identifizieren. Mit Bezug auf ein BGH-Urteil vom 21.12.1995 (VII ZR 198/94) zur Kündigung nach § 649 BGB definiert KNIFFKA<sup>207</sup> als Voraussetzung für das Vorliegen anderweitigen Erwerbs die Akquisition eines so genannten „Füllauftrags“. Nach dieser Definition wäre anderweitiger Erwerb nur dann möglich, wenn der Auftragnehmer ausschließlich durch die infolge der Kündigung freigewordenen Kapazitäten einen Füllauftrag annehmen und ausschließlich mit diesen Kapazitäten ausführen kann. Eine anderweitige Auslastung der freigewordenen Kapazitäten reicht demnach nicht aus, um dies als anderweitigen Erwerb zu berücksichtigen.<sup>208</sup>

Angesichts der Tatsache, dass in Bauunternehmen für die Abwicklung einzelner Bauvorhaben stets neue, veränderte Zusammensetzungen von Personal- und Gerätekapazitäten festgesetzt werden und nur äußerst selten eine Bildung unveränderbarer Arbeitskolonnen erfolgt, wären die Voraussetzungen für anderweitigen Erwerb quasi nie erfüllt. Darüber hinaus wären nur „Füllaufträge“ möglich, die nicht über den Zeitraum hinausgehen, in dem die Kapazitäten

<sup>206</sup> Von Staudinger/Peters (2003), § 642, Rdn. 26, wird zugestanden, dass ein Ersatzauftrag ausgeschlagen werden dürfe, sofern hierdurch die Erfüllung des primären Auftrags gefährdet würde.

<sup>207</sup> Kniffka (2006), § 649, Rdn. 86.

<sup>208</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion (2004), S. 1797, Rdn. 66 f.; Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 952, Rdn. 46 f.

aufgrund der Störung untätig sind, da im Unterschied zur Kündigung nach dem Ende des Annahmeverzugs die Leistung weiter erbracht werden muss. Werden die Kapazitäten länger auf der Ersatzbaustelle benötigt, dann müssten zusätzliche Kapazitäten bereitgestellt werden, damit auf der gestörten Baustelle die Leistung fortgesetzt werden kann und gleichzeitig die Ersatzbaustelle nicht zum Erliegen kommt. Kann der Auftragnehmer diese zusätzlichen Kapazitäten problemlos erbringen, handelt es sich allerdings nicht mehr um einen „Füllauftrag“, da der vermeintliche „Füllauftrag“ nicht erst infolge der zeitweilig freigewordenen Kapazitäten angenommen werden konnte.

Aufgrund des benötigten Zeitraums zur Akquisition von Bauaufträgen, der Unsicherheit für den Auftragnehmer hinsichtlich der Erfolgsquote seiner zahlreichen Angebotsabgaben und der Tatsache, dass ein Ersatzauftrag ausschließlich für die bei dem Projekt gestörten Kapazitäten gesucht werden muss und zwar mit einer Dauer, die nicht größer als die Störung selbst sein darf, ist die Berücksichtigung reiner „Füllaufträge“ praxisfern. Die Voraussetzungen für einen anderweitigen Erwerb wären nur in einigen wenigen Sonderfällen gegeben. Sachgerecht kann daher nur eine auf einzelne Personal- und Gerätekapazitäten bezogene Auswertung alternativer Einsatzmöglichkeiten bzw. anderweitiger Erwerbsmöglichkeiten sein. Im Folgenden ist daher mit dem anderweitigen Erwerb durch einen Ersatzauftrag jede anderweitige Einsatzmöglichkeit der Kapazitäten mit einem zusätzlichen wirtschaftlichen Nutzen gemeint. Für die Beurteilung der anderweitigen Verwendung eingeplanter Kapazitäten sind somit folgende Fragen zu beantworten:

- Ist überhaupt eine anderweitige Verwendung möglich oder müssen die Personal- und Gerätekapazitäten ohne Leistungserbringung permanent bereitgehalten werden?
- Können gegebenenfalls freigewordene Personal- und Gerätekapazitäten zunächst innerhalb des gestörten Projekts umgesetzt werden?
- Können Personal- und Gerätekapazitäten auf anderen Baustellen des Auftragnehmers eingesetzt werden?
- Kann für die von einer Störung betroffenen Personal- und Gerätekapazitäten ein Ersatzauftrag akquiriert werden?

Grundsätzlich ist zwischen dem anzurechnendem anderweitigen Einsatz und dem gestörten Bauauftrag ein ursächlicher Zusammenhang nachzuweisen, d. h., der Auftragnehmer muss die frei gewordenen Kapazitäten ausschließlich infolge der Störung anderweitig einsetzen können. Wie die ersparten Aufwendungen mindert auch der anderweitige Erwerb die Höhe der Entschädigung. Daher ist zu beachten, dass durch den anderweitigen Einsatz der Kapazitäten auch tatsächlich Ersatz erwirtschaftet wird und sie nicht nur an anderer Stelle ohne zusätzlichen Nutzen eingesetzt werden.

#### **3.3.4.2 Bewertung des anderweitigen Erwerbs**

Aufbauend auf der Identifikation der von einer unterlassenen oder verspäteten Mitwirkungshandlung betroffenen und anderweitig eingesetzten Personal- und Gerätekapazitäten sind die



aus anderweitigem Einsatz resultierenden Einnahmen zu bewerten. Überwiegende Meinung ist, dass von der ermittelten Entschädigung der Betrag abgezogen werden muss, der tatsächlich durch den anderweitigen Einsatz der Kapazitäten gedeckt werden kann.<sup>209</sup> Aus der Forderung, dass dem Auftragnehmer sogar Arbeiten unter Selbstkosten zugemutet werden können, da die fehlenden Deckungsbeiträge durch die Entschädigung gedeckt sind, ergibt sich zwangsläufig, dass nur der tatsächliche anderweitige Erwerb berücksichtigt werden kann. Allerdings gilt dies dann umgekehrt auch für Ersatzaufträge, die mit einem deutlich höheren Gewinn akquiriert werden konnten. Von diesem, aufgrund wirtschaftlich erfolgreichen Handels zusätzlich erarbeiteten Gewinn verbliebe dem Auftragnehmer nach dieser Vorgehensweise bis zur Deckung der gesamten Entschädigung nichts.

In PALANDT<sup>210</sup> wird hingegen hervorgehoben, dass anzurechnende Anteile wie der anderweitige Erwerb vertragsbezogen vorzutragen und zu beziffern sind. Zur Berechnung des anderweitigen Erwerbs der zwischenzeitlich auf einer Ersatzbaustelle eingesetzten Kapazitäten wären demnach kalkulatorische, dem Vertragspreisniveau der gestörten Baustelle angepasste Verrechnungssätze für die Kapazitäten maßgebend. Hierbei muss zur tatsächlichen Bauausführung Stellung genommen werden, da nur tatsächlich eingesetzte Kapazitäten auch anderweitig eingesetzt werden können. Schwierigkeiten ergeben sich aus der Tatsache, dass der anderweitige Erwerb bei einem anderen Projekt und damit in einem anderen Vertragsverhältnis erfolgt. Die Verrechnungssätze für Personal und Gerät können voneinander abweichen und die Randbedingungen für den Einsatz sind möglicherweise deutlich andere als diejenigen, die für die gestörte Baustelle vereinbart sind.

Die Bewertung des anderweitigen Einsatzes der Kapazitäten birgt also einige in der Literatur noch nicht abschließend geklärte Probleme in sich. Es besteht zwar bei der Bewertung des anderweitigen Erwerbs kein Prognoserisiko und es kann argumentiert werden, dass als primäres Ziel des anderweitigen Einsatzes – im Extremfall bis zur vollständigen Kompensation der Entschädigungsforderung – die Deckung der zusätzlichen Kosten oder untergedeckten Anteile der Allgemeinen Geschäftskosten gelten soll, und zwar in dem Umfang, der tatsächlich möglich ist. Allerdings bedingt eine nachprüfbare Bewertung des anderweitigen Erwerbs nach tatsächlichen Beträgen, dass der Auftraggeber Informationen über die Preisgestaltung in einem anderen Vertragsverhältnis erhält, was als sehr problematisch angesehen werden muss. Zudem kann hinterfragt werden, warum von einem erfolgreich verhandelten Ersatzauftrag mit höheren Gewinnen auch der Auftraggeber profitieren soll (siehe hierzu auch Kapitel 4.4.6).

---

<sup>209</sup> Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 952 f., Rdn. 46, setzen mit Verweis auf das BGH-Urteil vom 21.12.1995 (VII ZR 198/94) eine Kürzung des Vergütungsanspruchs bei der Kündigung in dem Umfang an, wie er tatsächlich durch anderweitigen Erwerb erzielt wird. Ingenstau/Korbion (2004), S. 1797, Rdn. 66 f., verweisen darauf, dass der aufgrund des anderweitigen Erwerbs erzielte Vermögenszuwachs abzuziehen ist; Kniffka/Koeble (2004), S. 452, Rdn. 30, verweisen pauschal auf die zu den ersparten Aufwendungen entwickelten Grundsätze, d. h., auf die kalkulatorischen Werte kann zurück gegriffen werden, wenn keine Anhaltspunkte zu einem hiervon abweichenden Kostenverlauf vorliegen.

<sup>210</sup> Vgl. Palandt (2006), S. 990, § 649 Rdn. 7.

Schließlich sind bei der Bewertung eines anderweitigen Einsatzes von Kapazitäten auch indirekte, negative Auswirkungen durch den anderweitigen Einsatz zu bewerten. So besteht bei der Verschiebung der Kapazitäten grundsätzlich die Gefahr eines nicht optimalen Personal- und Geräteeinsatzes verbunden mit einer geringeren Produktivität der anderweitig eingesetzten Kapazitäten. Dieser Effekt führt möglicherweise nicht nur zu einer Minderung des anderweitigen Erwerbs (die in der Entschädigungsberechnung zu berücksichtigen ist), sondern auch zu einer Beeinflussung der regulär auf der Ersatzbaustelle eingesetzten Kapazitäten und damit auch dort zu Produktivitätsminderungen. Der anderweitige Einsatz kann also seinerseits zu Störungen der Abläufe auf der Ersatzbaustelle führen. Ein nachvollziehbarer und prüffähiger Nachweis dieses Einflusses ist allerdings mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden.

Auf die unterschiedlichen Facetten der komplexen Problematik um den anderweitigen Erwerb wird anhand eines Beispiels in Kapitel 4 (Szenario 3) noch ausführlicher eingegangen.

### 3.3.5 Angemessenheit des Entschädigungsanspruchs

Unter der Berücksichtigung der Dauer des Verzugs, der vereinbarten Vergütung, ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs ist die Höhe der *angemessenen* Entschädigung zu bestimmen. Der Begriff der *Angemessenheit* wird in der Praxis gerichtlicher Auseinandersetzungen auch häufig im Zusammenhang mit dem Begriff der *Üblichkeit* genannt, z. B. wenn es um die Bewertung angemessener und üblicher Kalkulationsansätze bei Nachtragsforderungen geht. Während als Vergleichsmaßstab für die Üblichkeit eine Vielzahl von Fällen gleicher Art, Güte und Umfang dienen (BGH, Urteil vom 26.10.2000, VII ZR 239/98), ist der Begriff der Angemessenheit weitgehend der Interpretation der Gerichte überlassen und auch im Zusammenhang mit der Entschädigungsberechnung nicht näher definiert.<sup>211</sup>

INGENSTAU/KORBION stellen im Zusammenhang mit der Vergabe zu angemessenen Preisen gemäß VOB/A heraus, dass durch den Begriff der Angemessenheit eine gewisse Objektivität erreicht werden soll. Bei der Bewertung eines angemessenen Preises sollen die „allgemeingültigen, aner kennenswerten Marktmaßstäbe im Zeitpunkt der konkreten Bauvergabe“<sup>212</sup> herangezogen werden und nicht subjektiv geprägte Ansichten zur Preisgerechtigkeit. Der angemessene Preis ist also möglichst objektiv im allgemeinen Marktumfeld zu beurteilen.

Der Grundgedanke zur Beurteilung eines angemessenen Preises bei der Vergabe ist auf die Bewertung eines Entschädigungsanspruchs hinsichtlich seiner Angemessenheit zu übertragen. Statt allgemeingültiger, aner kennenswerter Maßstäbe ist als Maßstab zur Ermittlung der Anspruchshöhe die vereinbarte Vergütung, also die zum Vertragszeitpunkt gültige Preisermittlung, heranzuziehen. Zur Erlangung der größtmöglichen Objektivität sind die Umstände

<sup>211</sup> Eplinius (1931), S. 51, verwendet im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Vergütung nach § 2 VOB/B die Begriffe *üblich* und *angemessen* synonym.

<sup>212</sup> Ingenstau/Korbion (2004), S. 227, Rdn. 20.

und Auswirkungen des Verzugs anhand der geforderten bauablaufbezogenen Darstellung und die vereinbarte Vergütung anhand detaillierter Angaben zur Preisermittlung nachzuweisen.<sup>213</sup>

Der Auftragnehmer soll durch die auftraggeberseitig verursachte Unterbrechung (genauso wie bei einer freien Kündigung) keinen finanziellen Nachteil erleiden, der nicht auch bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrags bestanden hätte, allerdings auch keine Vorteile erlangen.<sup>214</sup> Es ist fraglich, ob dieser Anspruch durch die für eine Entschädigungsberechnung erforderliche Bewertung der tatsächlich eingetretenen Auswirkungen der unterlassenen Mitwirkungshandlung auf der Basis der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags überhaupt erfüllt werden kann. Die einzelnen, zur Entschädigung beitragenden Mehrkosten sind jedoch zumindest systematisch und nachprüfbar einschließlich anspruchsmindernder Anteile darzulegen. Bei der detaillierten Berechnung der Entschädigung auftretende Probleme sind sorgfältig und ausgewogen zu betrachten, um einer möglichst objektiven Einschätzung der Anspruchshöhe unter Beachtung des genannten Grundsatzes zu entsprechen. Eine Reihe möglicher Probleme bei der Entschädigungsberechnung werden im nachfolgenden Kapitel 4 anhand eines Beispiels erörtert. Letztlich unterliegt die Bewertung der Angemessenheit jedoch aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffes im Zweifel weiterhin der richterlichen Einschätzung der gegebenen Umstände im Einzelfall.

### **3.4 Gegenüberstellung der Entschädigungs-, Vergütungs- und Schadensermittlung**

Die Ausführungen zur Ermittlung der Höhe einer angemessenen Entschädigung haben gezeigt, dass für das Verständnis der Entschädigungsberechnung eine Betrachtung der Nachweissystematik der Vergütungsberechnung und des Schadensnachweises gleichermaßen erforderlich ist. Zwar handelt es sich bei der Entschädigungsberechnung durch den Verweis auf die vereinbarte Vergütung um einen Anspruch mit Vergütungscharakter, d. h., die Berechnung der Anspruchshöhe erfolgt grundsätzlich nach Vergütungsmaßstäben. Die Anforderungen bezogen auf die Darstellung der zeitlichen Auswirkungen des Annahmeverzugs auf den Bauablauf sind jedoch mit denen eines Schadensnachweises vergleichbar.

In Tabelle 6 sind die Grundlagen und Vorgehensweise zur Mehrkostenermittlung sowie die Bestandteile des Mehrkostenanspruchs für alle drei Anspruchsgrundlagen gegenübergestellt.

---

<sup>213</sup> Vgl. zur offenen Frage der Angemessenheit beim Entschädigungsanspruch auch Biermann (2005), S. 6 ; zur üblichen und angemessenen Vergütung siehe auch Swoboda/Kumlehn (2006), S. 151 ff. die in diesem Zusammenhang auch den Begriff der *Redlichkeit* heranziehen.

<sup>214</sup> Vgl. Diehr (2004), S. 52 ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1903 f., Rdn. 8.

Vergütung nach § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B	Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B	Entschädigung nach § 642 BGB
<b>Grundlage zur Berechnung der Mehrkosten</b>		
- kalkulatorische Kostenansätze aus der vertraglich vereinbarten Vergütung	- tatsächliche, nachweisbare Kosten	- kalkulatorische Kostenansätze aus der vertraglich vereinbarten Vergütung
<b>Prinzipielle Vorgehensweise zur Berechnung der Anspruchshöhe</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dokumentation der modifizierten Leistung</li> <li>- Ermittlung der direkten Kosten und der weiteren Kostenauswirkungen</li> <li>- Bestimmung des Preisniveaufaktors</li> <li>- Anpassung der ermittelten Kosten an das vertragliche Preisniveau</li> <li>- Bezuschlagung mit AGK-Zuschlag, Berücksichtigung von vereinbarten Nachlässen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Vergleich der hypothetischen mit der tatsächlichen Vermögenslage (Schadensermittlungsprinzip)</li> <li>- Fortschreibung der Soll-Planung (hyp. Vermögenslage) anhand der Vertragsgrundlagen</li> <li>- Bauablaufbez. Analyse der Folgen der Bauablaufstörung (tatsächliche Vermögenslage): <ul style="list-style-type: none"> <li>- Wirklichkeitsprinzip</li> <li>- Einzelfallprinzip</li> <li>- Verursachungsprinzip</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- bauablaufbez. Analyse der zeitlichen Folgen des Annahmeverzugs</li> <li>- kalkulatorische Ermittlung der zu entschädigenden Mehrkosten und zusätzlicher Kosten anhand der vereinbarten Vergütung</li> <li>- Abzug ersparter Aufwendungen</li> <li>- Identifizierung und Bewertung anderweitigen Erwerbs</li> <li>- Berücksichtigung der AGK-Deckung</li> </ul>
<b>Bestandteile des Mehrkostenanspruchs</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- sämtliche Kosten der Leistungsmodifikation</li> <li>- zusätzliche BGK</li> <li>- AGK-Zuschlag</li> <li>- Wagnis und Gewinn</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- nachweisbar entstandener Schaden</li> <li>- aus Störung entstandene zusätzliche BGK</li> <li>- u. U. AGK-Zuschlag</li> <li>- Wagnis und Gewinn nur bei grober Fahrlässigkeit</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- direkte Kosten für Personal-, Material- und Gerätevorhaltung</li> <li>- zeitabhängige BGK</li> <li>- AGK-Zuschlag</li> <li>- <u>kein</u> Gewinn<sup>215</sup></li> </ul>

**Tabelle 6:** Berechnung der Ansprüche für Vergütung, Schadensersatz und Entschädigung

Hinsichtlich der Ermittlung der zeitlichen Auswirkungen einer Störung treten beim Entschädigungsnachweis dieselben Probleme auf wie beim Schadensnachweis, insbesondere wenn das tatsächliche Baugeschehen nicht ausreichend dokumentiert wurde oder die bereits bei der Behinderungsanzeige zu beachtenden Anforderungen nur mangelhaft umgesetzt wurden. Damit ist zwar die Anspruchsgrundlage für die Entschädigung im Vergleich zum Schadensersatz unter Umständen einfacher sicherzustellen und in einigen Fällen überhaupt erst möglich (siehe Kapitel 2). Die Darstellung der Auswirkungen der Störung auf den Bauablauf erfordert jedoch einen vergleichbaren Aufwand wie beim Schadensnachweis.

Für die Ermittlung der finanziellen Auswirkungen einer Störung gilt für die Entschädigung grundsätzlich die Vorgehensweise entsprechend einer Vergütungsberechnung, d. h., infolge der Störung aufgetretene Mehrkosten sind gegebenenfalls anhand geeigneter Ermittlungs-

<sup>215</sup> Der Ausschluss des Gewinnanteils durch das BGH-Urteil vom 21.10.1999 (VII ZR 185/98) ist in der Rechtsliteratur umstritten. Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 3.3.2.2.

systeme zu bestimmen und dem vertraglichen Preisniveau anzupassen. Allerdings kann es zu erheblichen Nachweisproblemen kommen, wenn die Dokumentation der Preisermittlungsgrundlagen nicht ausreichend detailliert vorliegt und damit das Preisniveau nur schwer bestimmt werden kann. Probleme ergeben sich für die Bewertung des Preisniveaus auch, wenn das tatsächliche Baugeschehen anhand kalkulatorischer Grundlagen zu bewerten ist, diese jedoch nicht genügend Anhaltspunkte für die Bewertung des vom geplanten Ablauf abweichenden, aber zu bewertenden tatsächlichen Bauablaufs enthalten.

Außerdem sind bei der Entschädigungsermittlung zu ersparende Aufwendungen und ein anderweitig möglicher Einsatz der Kapazitäten zu berücksichtigen, die in dieser Form bei der Berechnungssystematik der Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen nicht genannt sind. Die Berücksichtigung dieser Bestandteile ist jedoch aus der Berechnung der ausstehenden Vergütung nach einer Kündigung bekannt. Allerdings unterscheidet sich die Kündigung von der Entschädigung dadurch, dass bei der Kündigung Leistungen entfallen und eine noch ausstehende Vergütung berechnet wird, während bei der Entschädigung der vertragliche Leistungsumfang gleich bleibt, jedoch durch den Annahmeverzug Produktionsmittel zeitweise stillstehen oder unproduktiv arbeiten und die Vergütung nur Maßstab für die entstehenden Mehrkosten ist. Probleme bei der Bewertung der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs und der Integration in eine vergütungsähnliche Berechnungssystematik bestehen bezüglich der Bestimmungsbasis für die Höhe der anzurechnenden Anteile, insbesondere auch für eine von dem geplanten Bauablauf abweichende tatsächliche Ausführung.

Nicht zuletzt ist die Frage einer Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten zu klären, da Zweifel daran bestehen, dass eine umsatzproportionale Bezuschlagung der störungsbedingten Mehrkosten (analog zur Bezuschlagung der geänderten oder zusätzlichen Vergütung) einen ausreichenden Ausgleich für die fehlenden Deckungsbeiträge infolge des Annahmeverzugs darstellt.

Die praktischen Probleme einer Entschädigungsberechnung, die sich aus der kalkulatorischen Bewertung des tatsächlichen, gestörten Bauablaufs ergeben sollen nachfolgend an einem vereinfachten Beispiel herausgearbeitet werden. Unter Berücksichtigung der Vorgehensweise zur bauablaufbezogenen Darstellung beim Schadensersatz und der Beachtung des vertraglichen Preisniveaus zur Bestimmung der zu vergütenden Mehrkosten werden Schwierigkeiten diskutiert, die sich aus einer üblicherweise zu gering differenzierten Dokumentation der Preisermittlungsgrundlage, insbesondere der Gemeinkosten, und der erforderlichen Berücksichtigung ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs ergeben. Trotz der aufzuzeigenden Bewertungsprobleme muss der Nachweis der Anspruchshöhe den Bedürfnissen der beiden Vertragsparteien hinsichtlich möglichst vollständigen Ausgleichs der Störungsfolgen einerseits und Nachvollziehbarkeit des Mehrkostenanspruchs andererseits gerecht werden.

## 4 Probleme der Entschädigungsberechnung bei der praktischen Anwendung

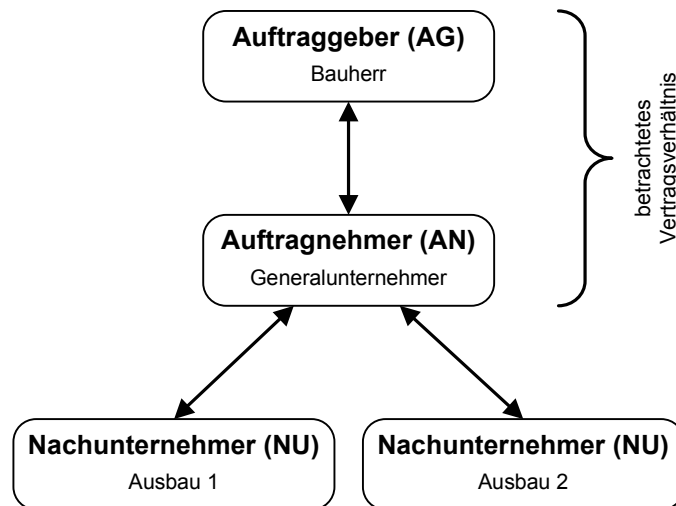
In Kapitel 3.3 wurde aufbauend auf der aktuellen Rechtsprechung die theoretische Vorgehensweise bei der Bewertung eines Entschädigungsanspruchs ausführlich erörtert. Die Durchführung einer bauablaufbezogenen Untersuchung der Auswirkungen des Annahmeverzugs orientiert sich an der Vorgehensweise beim Nachweis eines Schadensersatzanspruchs. Bei der Ermittlung der *Höhe* des Entschädigungsanspruchs sind die Auswirkungen durch den Annahmeverzug hingegen wie bei einem Vergütungsanspruch kalkulatorisch zu bewerten. Schwierigkeiten kann insbesondere die Ermittlung der anzurechnenden Beträge für ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb bereiten.

An einem einfachen Beispiel sollen einzelne Probleme bei der Bewertung der Entschädigung herausgearbeitet werden. In dem Beispiel wird von einer Störung des Bauablaufs durch den Auftraggeber ausgegangen und es werden die daraus resultierenden Konsequenzen für die vom Auftragnehmer geplanten Leistungen und Kapazitäten dargestellt. Ausgehend von einer einheitlichen Ausgangssituation werden drei Szenarien infolge einer Bauablaufstörung entwickelt, die aufeinander aufbauen und in denen jeweils auf spezielle Problempunkte bei der Berechnung des Entschädigungsanspruchs eingegangen wird. Die Betrachtung der Entschädigungsermittlung soll sich zur besseren Nachvollziehbarkeit beispielhaft auf die Krankapazitäten beschränken. Erkenntnisse hieraus können auf eine vollständige Entschädigungsermittlung für alle von der Störung betroffenen Leistungen und Kapazitäten übertragen werden.

Die Darstellung der Problemfelder der unterschiedlichen Szenarien umfasst grundsätzliche Aspekte des Entschädigungsnachweises und Schwierigkeiten bei der Ermittlung direkter Mehrkosten sowie hiervon abzuziehender ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs. Auf die komplexe Problematik der Deckung von Allgemeinen Geschäftskosten bei Bauablaufstörungen und die Verrechnung dieser Kosten bei der Entschädigung wird im Anschluss an die Szenarien gesondert eingegangen.

### 4.1 Geplanter Bauablauf einer fiktiven Baumaßnahme

Ausgangspunkt des fiktiven Bewertungsbeispiels ist die Erweiterung eines mehrgeschossigen gewerblich genutzten Gebäudes. Der Bauvertrag zwischen Bauherr und Generalunternehmer erstreckt sich über Erd- und Rohbauarbeiten sowie Arbeiten des technischen Ausbaus, für einige Bereiche der Ausbauarbeiten beauftragt der Generalunternehmer Nachunternehmer.



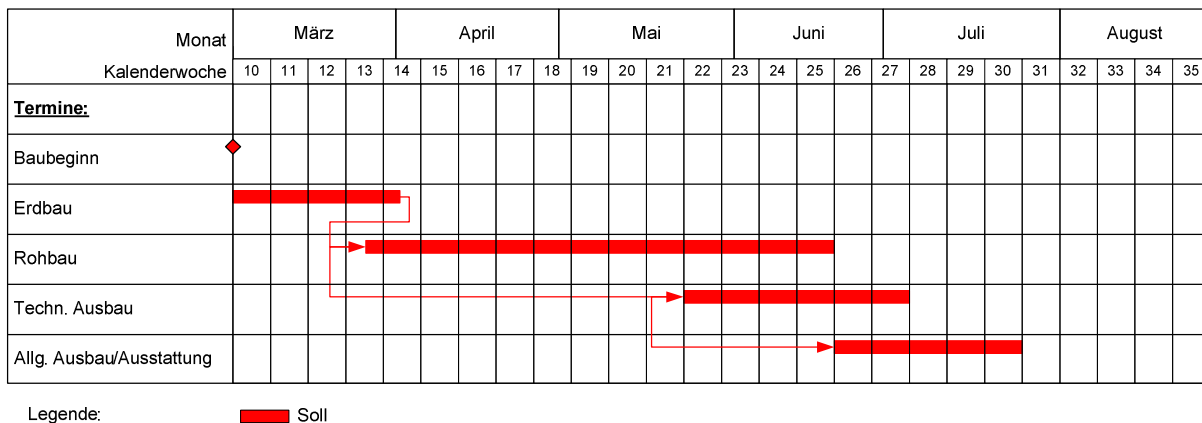
**Abbildung 6:** Vertragsverhältnisse des Bewertungsbeispiels

In dieser Arbeit soll für die Erörterung der Problemfelder anhand unterschiedlicher Szenarien nur das Vertragsverhältnis zwischen Bauherr (Auftraggeber) und Generalunternehmer (Auftragnehmer) betrachtet werden.

#### 4.1.1 Soll-Terminplanung

Zur Vergabe des Auftrags wurde eine Leistungsbeschreibung vorgegeben, die alle Leistungen zur Herstellung des Objekts positionsweise erfasst. Auf Grundlage der Leistungsbeschreibung, der sonstigen Vertragsbedingungen sowie der Ergebnisse eventueller Verhandlungen ist es dem Auftragnehmer möglich, den erforderlichen Aufwand abzuschätzen, die notwendigen Kapazitäten zu bestimmen und damit die Dauer zur Ausführung der verschiedenen Aktivitäten festzulegen.

Aufgrund von kapazitativen und verfahrenstechnischen Randbedingungen bestimmt der Auftragnehmer darüber hinaus Abhängigkeiten zwischen den verschiedenen Aktivitäten und legt die von ihm benötigte Ausführungszeit fest. Diese vom Auftragnehmer geplante Ausführungszeit kann vor dem vom Auftraggeber vorgegebenen Fertigstellungstermin enden und damit die Gesamtausführungszeit unterschreiten. In Abbildung 7 ist der aus den Überlegungen des Auftragnehmers entwickelte Soll-Terminplan dargestellt. Im Soll-Terminplan sind die wesentlichen Vorgänge Erdbau, Rohbau, technischer Ausbau und allgemeiner Ausbau/Ausstattung in ihrer zeitlichen Staffelung mit den benötigten Vorlaufzeiten festgelegt. Die Arbeiten sollen zum vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin am Ende der 30. Kalenderwoche abgeschlossen sein.



**Abbildung 7:** Geplanter Bauablauf zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Soll-Terminplan)

Die auszuführenden Leistungen und der zeitliche Ablauf einzelner Tätigkeiten sind, unter Berücksichtigung von Annahmen zum hierzu erforderlichen Aufwand sowie den einzusetzenden Personal- und Gerätekapazitäten, für den Auftragnehmer Grundlage seiner Preisermittlung.

#### 4.1.2 Kapazitätsplanung

Die vom Auftragnehmer vorzusehenden Personal- und Gerätekapazitäten sind als Nebenleistung zu planen und zu kalkulieren. Nebenleistungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie auch ohne Erwähnung im Vertrag zur vertraglichen Leistungspflicht des Auftragnehmers gehören. Insbesondere zählen zu den Nebenleistungen das Einrichten und Räumen der Baustelle, das Vorhalten der Baustelleneinrichtung und der Transport von Stoffen und Bauteilen innerhalb der Baustelle, also die Bereitstellung von Krankapazitäten.<sup>216</sup>

Nebenleistungen sind in der Leistungsbeschreibung nur explizit zu erwähnen, wenn deren Kosten von erheblicher Bedeutung für die Preisbildung sind. Dies kann insbesondere für das Einrichten und Räumen der Baustelle in Betracht kommen.<sup>217</sup> Eine Erwähnung bedeutet allerdings nicht, dass Kapazitäten, d. h. Bauverfahren oder Baugeräte, explizit vorgegeben sind. Leistungsbeschreibungen werden daher regelmäßig bezüglich des vom Auftragnehmer zu wählenden Bauverfahrens und der Baugeräte offen gelassen. Der Auftragnehmer hat somit innerhalb der vertraglich vereinbarten Restriktionen sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht Dispositionsfreiheit bezüglich der Einzelheiten des Produktionsablaufs und der eingesetzten Kapazitäten.<sup>218</sup> Ein gegebenenfalls vereinbarter Terminplan wie in Abbildung 7 gibt zwar Auskunft über die zeitliche Planung einzelner Vorgänge, es sind aber

<sup>216</sup> Zur Definition von Nebenleistungen siehe auch Abschnitt 4.1 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen der VOB/C in DIN 18 299 ; vgl. Franz/Freudenberg/Keskari (1997), S. 43 ; vgl. auch Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 50.

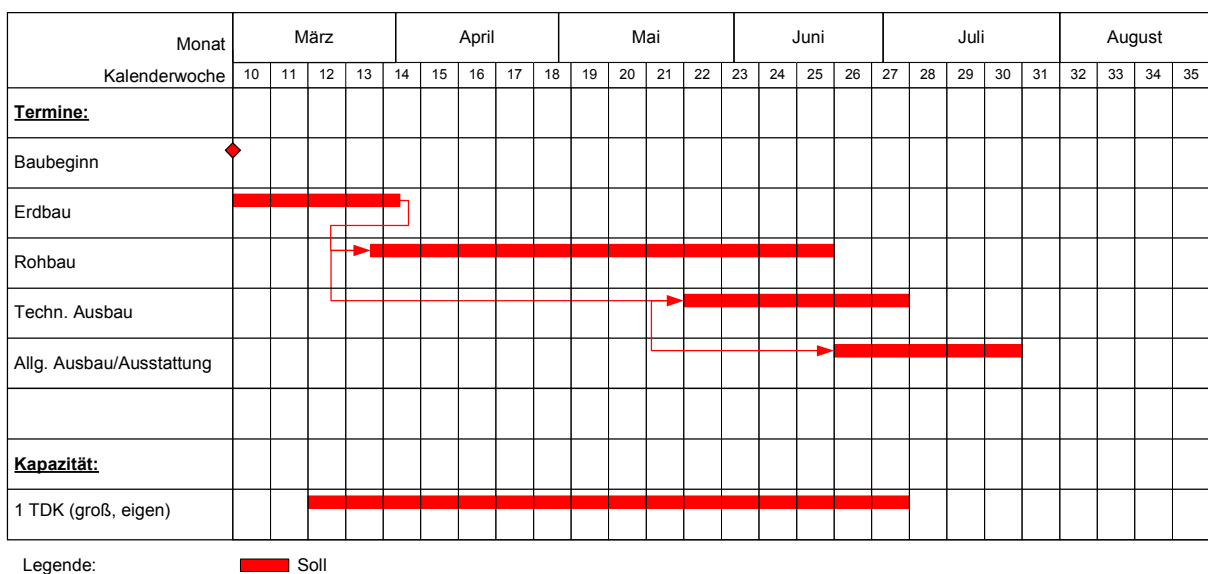
<sup>217</sup> Siehe Ziffer 0.4.1 (Nebenleistungen) der DIN 18 299 ; Wanninger (2004), S. 19 ff. weist darauf hin, dass die Kosten für das Einrichten und Räumen der Baustelle zwar in eigenen Ordnungszahlen abgefragt werden sollen. Die im Regelfall höheren Kosten für das Vorhalten der Baustelleneinrichtung *dürfen* hingegen laut Vergabehandbuch des Bundes (VHB) in § 9 Nr. 8 VOB/A, Ziffer 6.5 *nicht* in eigenen Ordnungszahlen erfasst werden. Öffentlichen Auftraggebern ist es also verboten das Vorhalten der Baustelleneinrichtung gesondert auszuschreiben.

<sup>218</sup> Vgl. u. a. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 775, Rdn. 53 ; Kapellmann (2006), S. 5 f.



keine Informationen beispielsweise zu den vorgesehenen Krankapazitäten oder auch zur personellen Besetzung der Baustelle enthalten. Üblicherweise fertigt der Auftragnehmer eine mit dem Terminplan verknüpfte Kapazitätsplanung nur für interne Zwecke an.

In Abbildung 8 ist zu erkennen, dass der Auftragnehmer für die Erstellung der Baumaßnahme zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe laut interner Kapazitätsplanung einen großen, firmeneigenen Turmdrehkran (TDK) vorsieht. Dieser Kran soll zu Beginn der 12. Kalenderwoche auf der Baustelle zur Verfügung stehen, da in den ersten beiden Wochen für die Erdarbeiten kein Kran benötigt wird. Unmittelbar nach Abschluss des technischen Ausbaus am Ende der 27. Kalenderwoche soll der Kran von der Baustelle abgezogen werden. Auch diese Kapazitätsplanung ist für den Auftragnehmer Bestandteil seiner Preisermittlung.



**Abbildung 8:** Interne Kapazitätsplanung für den geplanten Bauablauf (Soll-Kapazitätsplan)

Die Probleme bei der Bewertung eines Entschädigungsanspruchs sollen im Folgenden exemplarisch an den vorzuhaltenden Krankapazitäten diskutiert werden. Es handelt sich somit bei den zu bewertenden Mehrkosten um Baustellengemeinkosten. Hierbei treten einige spezielle Probleme der Bewertung einzelner Bestandteile der Gemeinkosten auf, gleichzeitig wird aber auch die Bewertung direkter Kosten exemplarisch gezeigt, da zusätzliche Baustellengemeinkosten wie direkte Kosten zu bewerten sind.

### 4.1.3 Preisermittlung

#### 4.1.3.1 Bestimmung der Preisermittlungsgrundlage

Aufbauend auf der Festlegung von Leistungen und Kapazitäten nimmt der Auftragnehmer seine Preisermittlung vor. Die zur Preisermittlung heranzuziehenden Grundlagen, die Preisermittlungsgrundlagen, sind in der Literatur allerdings nicht eindeutig definiert. Daher wird an

dieser Stelle kurz allgemein auf den Begriff der Preisermittlungsgrundlage eingegangen.<sup>219</sup> Weitgehend übereinstimmend ist festzustellen, dass die Preisermittlungsgrundlage alle Kostenfaktoren umfassen muss,

- die in die Preisbildung eingeflossen sind oder
- den Prozess der Preisbildung beeinflusst haben und
- die auf die Kosten des Auftragnehmers bei der Ausführung der vereinbarten Leistung wirksam werden.

Allgemein preisbestimmende Umstände fließen direkt in die Erstellung der Kalkulation ein. Hierzu zählen u. a. Lohnkostenansätze, Materialpreise, Gerätekosten, Gemeinkosten und Ansätze für Wagnis und Gewinn etc., die aufgrund firmeninterner Datensammlungen ermittelt, auf Basis von Anfragen bei Zulieferern oder Nachunternehmern festgelegt oder auch schlicht geschätzt werden. Besondere Umstände der Bauleistung, wie örtliche Verhältnisse oder die Termin- und Ressourcenplanung, können dazu führen, dass beispielsweise Kalkulationsansätze angepasst werden. Neben kaufmännischen und technologischen Überlegungen gehen aber auch rechtliche Aspekte, beispielsweise aus den speziellen Vertragsbedingungen, und marktpolitische Einschätzungen in die Preisbildung mit ein.

Auch die Art der Kalkulation – über die Angebotsendsumme oder mit vorausbestimmten Zuschlägen – ist für die Bildung einzelner Preise, insbesondere für die Umlage der Gemeinkosten von Bedeutung. Aus Gründen der Kalkulationsvereinfachung werden Gemeinkosten, die üblicherweise zu einem großen Teil zeitabhängig sind, häufig im Rahmen der Preisbildung als gleichmäßige Umlage auf die Einzelkosten der Teilleistungen (die direkten Kosten) verteilt. Durch diese Art der Kostenverrechnung werden allerdings zeitabhängige Gemeinkostenanteile aufgrund der Kalkulationsmethodik leistungsabhängig vergütet. Beispielsweise können die Kosten der Baustelleneinrichtung über die unterschiedlichen Phasen einer Baumaßnahme schwanken, im Rahmen der Kalkulation werden sie jedoch als gleichmäßiger Betrag über die Gesamtbauzeit angegeben oder einzelnen Kostenarten, vorwiegend den Lohnkosten, überproportional zugeordnet.<sup>220</sup> Die Preisermittlung durch diese Art der Kalkulation stellt damit jedoch nicht mehr die tatsächlichen Kosteneigenschaften einzelner Gemeinkostenanteile dar und führt damit bei der Bewertung von Mehrkosten im Bereich der Gemeinkosten aufgrund von Bauablaufstörungen regelmäßig zu erheblichen Problemen.

Die Preisermittlung kann u. a. durch das Hinterlegen einer so genannten *Ur- oder Vertragskalkulation* dokumentiert werden. Diese Dokumentation der Preisermittlung in Form einer hinterlegten Kalkulation kann der Auftraggeber jedoch nur dann einsehen, wenn bei der

---

<sup>219</sup> Vgl. u. a. Prange (1981), S. 2477 ff. ; Marbach (1989), S. 2 ff. ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1357 f. ; Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 398 f. ; Diederichs (1989), S. 168 ff., bezeichnet die vom Unternehmer angesetzten kalkulatorischen Grunddaten als Preisermittlungsgrundlage und ordnet die einzelnen Daten dem Kalkulationsschema zu. Eplinius (1931), S. 20, zählt zur Preisermittlungsgrundlage Löhne und Materialpreise, die Möglichkeit der Beschaffung von Arbeitskräften und Material, die der Ausschreibung zugrunde liegenden Ausführungsfristen (insbesondere hinsichtlich der Vorhaltung von Geräten, Lagerplätzen etc.) sowie die allgemein für das Büro anfallenden Kosten.

<sup>220</sup> Vgl. Wanninger (2006), S. 45.

Abrechnung Zweifel an der ordnungsgemäßen Kalkulation von Leistungen vorgebracht werden können und insoweit die relevanten Bestandteile aufgedeckt werden. Meist handelt es sich hierbei um Ergebnisse eines Kalkulationsprogramms, aus denen Leistungs- und Aufwandswerte, Kostenansätze und Umlagebeträge hervorgehen können, sofern sie angesetzt wurden. Allerdings sind einer solchen Vertragskalkulation nicht sämtliche Einflüsse auf die Preisermittlung zu entnehmen, gerade subjektive Einschätzungen wie z. B. zur Marktlage oder Angaben zur Ressourcenplanung fehlen. Zudem ist der Detaillierungsgrad einer hinterlegten Vertragskalkulation, insbesondere in Bezug auf die umzulegenden Gemeinkosten, oftmals nicht ausreichend, um einzelne Leistungen hinsichtlich einer Entschädigung bewerten zu können.<sup>221</sup>

Einer hinterlegten und im Streitfall einzusehenden Vertrags- bzw. Urkalkulation sollten genügend Informationen zu Kostenverursachungen, Kalkulationstechnik und zum speziellen Kalkulationsaufbau entnommen werden können. Zu diesen Informationen zählen:<sup>222</sup>

- Kalkulationsansätze für die Ermittlung der direkten Kosten (insbesondere auch Angabe des kalkulierten Mittellohns sowie Angaben zur Berechnung der Stoff- und Gerätekosten etc.),
- Aufschlüsselung des Vertragspreises hinsichtlich zeitabhängiger und zeitunabhängiger Kosten,
- Aufschlüsselung für Pauschalpreise,
- Zusammensetzung von Preisen für Nachunternehmerleistungen,
- Kalkulationsansätze und Zusammensetzung der Baustellengemeinkosten,
- Umlageverfahren für die Baustellengemeinkosten auf die verschiedenen Kostenarten,
- Höhe und Umlage der Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn,
- Definition der Art der Gewährung und Verrechnung von Preisnachlässen und Pauschalierungen.

Lassen sich die grundlegenden Informationen zur Kostenfortschreibung der betreffenden Positionen aus einer hinterlegten oder auch nachträglich vorgelegten, aber authentischen Vertragskalkulation ableiten, dann ist die Bestimmung der Entschädigung anhand der vereinbarten Vergütung unkritisch. Ist eine Vertragskalkulation nachträglich zu erstellen, dann muss sie plausibel darlegen, wie die Preise für die Angebotskalkulation aufgebaut wurden. Eine Kontrolle gegen eine nachträgliche Manipulation ist durch die Prüfung auf

---

<sup>221</sup> Für den Unternehmer besteht grundsätzlich das Problem, dass er für eine Reihe von Baumaßnahmen Angebote abgibt, hiervon jedoch nur ein kleiner Teil zur erfolgreichen Beauftragung führt. Eine sorgfältige und detaillierte Aufschlüsselung der Angebotskalkulation erfordert jedoch deutlich mehr Zeit zur Angebotsbearbeitung, so dass der Unternehmer aus wirtschaftlichen Gründen diesen Aufwand begrenzen muss. Da die Angebotskalkulation aber zumindest bei öffentlichen Auftraggebern auch gleichzeitig die Auftrags- bzw. Vertragskalkulation darstellt, treten bei der späteren Nachvollziehbarkeit der Preisbildung häufig Probleme auf.

<sup>222</sup> Vgl. Kumlehn (2003), S. 15 f. ; Schröder (2003), S. 25.

Plausibilität der Kalkulation in begrenzter Form gegeben. Es empfiehlt sich, Vorgaben zum Detaillierungsgrad und zur Angabe bestimmter Kostenfaktoren vertraglich zu vereinbaren, damit spätere Mehrkostenansprüche entsprechend nachgewiesen werden können.<sup>223</sup>

Durch eine detaillierte Kalkulation, die nachvollziehbar aufgeschlüsselt, plausibel und nachrechenbar ist, wäre ein wichtiger Bestandteil der Dokumentation der Preisermittlungsgrundlage gegeben. Leider stehen derart detailliert aufbereitete Kalkulationen zur Bewertung von Mehrkosten jedoch in der Regel nicht zur Verfügung. Dies liegt u. a. auch daran, dass es keine Richtlinie für eine ordnungsgemäße Kalkulation gibt (auch wenn dies durch verschiedene Verordnungen oder Vergabegesetze suggeriert wird) und Kalkulationen daher häufig als nicht-prüffähig bezeichnet werden müssen.<sup>224</sup>

Um bei öffentlichen Ausschreibungen teilzunehmen, haben Auftragnehmer ihre Preisermittlung entsprechend so genannter Einheitsformblätter EFB-Preis<sup>225</sup> aufzuschlüsseln, in denen Informationen zur Kalkulation der Preise abgefragt werden (siehe Abbildung 9). Das vorzulegende, ausgefüllte Formblatt wird jedoch kein Vertragsbestandteil, so dass in der Praxis falsche Angaben aufgrund fehlender vertragsrechtlicher Konsequenzen durchaus vorkommen. Dies liegt insbesondere auch daran, dass durch den Aufbau der Formblätter eine bestimmte Form der Kostenverrechnung für den Auftragnehmer vorgegeben wird. Auftragnehmer kalkulieren jedoch mitunter mit hiervon abweichend definierten Verrechnungssätzen oder mit individuell zusammengesetzten umzulegenden Kosten. Die EFB-Formblätter sind daher nicht geeignet, den Preisbildungsprozess zufrieden stellend abzubilden und können nicht als Preisermittlungsgrundlage des Auftragnehmers bezeichnet werden.

Voraussetzung für die Bestimmung der Entschädigung ist u. a., dass die Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags für die nachträgliche Bewertung finanzieller Auswirkungen einer Behinderung ausreichend detailliert dokumentiert ist, so dass die benötigten Informationen systematisch geordnet und für eine Anspruchsermittlung nutzbar zur Verfügung stehen. Die Ermittlung einer Entschädigung anhand der vereinbarten Vergütung gelingt jedoch nur, wenn zusätzliche Informationen zum detaillierten zeitlichen Ablauf des Projekts, zum Kostenverlauf sowie zur Ressourcenplanung, also zu den vorgesehenen Kapazitäten und deren eingeplanten Vorhaltezeiten, nachgewiesen werden, da hierdurch die Preisbildung ebenfalls maßgeblich beeinflusst wird. Da vertragliche Festlegungen hierzu noch weitgehend unüblich sind, bestehen häufig Probleme darin, die Vergütung der für den Störungszeitraum tatsächlich vereinbarten Leistung zu bestimmen.<sup>226</sup>

<sup>223</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 456, Rdn. 1115. ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1786 f.

<sup>224</sup> Ausführlich zur Thematik der *prüfbaren Kalkulation* und zur *ordnungsgemäßen Kalkulation* siehe Wanninger (2004), S. 1 ff. und Wanninger (2006), S. 23 ff. ; zum Fehlen von Vorschriften und Regelungen bei der Ermittlung von Positionspreisen vgl. auch Kuhne/Kattenbusch (2005), S. 3.

<sup>225</sup> Gemäß VHB (2002).

<sup>226</sup> Vgl. Kumlehn (2004), S. 30.

Ermittlung der Angebotssumme		Betrag €	Gesamt €	Umlage Summe 3 auf die Einzelkosten für die Ermittlung der EH- Preise	
2	Einzelkosten der Teilleistungen = unmittelbare Herstellungskosten				
2.1	<b>Eigene Lohnkosten</b> Kalkulationslohn (1.4) x Gesamtstunden:			%	€
	x			x	
2.2	<b>Stoffkosten</b> (einschl. Kosten für Hilfsstoffe)			x	
2.3	<b>Gerätekosten</b> (einschl. Kosten für Energie u. Betriebsst.)			x	
2.4	<b>Sonstige Kosten</b> (Vom Bieter zu erläutern)			x	
2.5	<b>Nachunternehmerleistungen</b>			x	
Einzelkosten der Teilleistungen (Summe 2)				Noch zu verteilen	
3	<b>Baustellenallgemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn</b>			<div></div>	
3.1	<b>Baustellengemeinkosten</b> (soweit hierfür keine besonderen Ansätze im Leistungsverzeichnis vorgesehen sind)				
	Lohnkosten einschl. Hilfslöhne				
	Bei Angebotssummen unter 5 Mio € : Angabe des Betrages				
	Bei Angebotssummen über 5 Mio € : Kalkulationslohn (1.4) x Gesamtstunden:				
	x				
3.1.2	Gehaltskosten für Bauleitung, Abrechnung Vermessung usw.				
3.1.3	Vorhalten u. Reparatur der Geräte u. Ausrüstungen, Energieverbrauch, Werkzeuge u. Kleingeräte, Materialkosten f. Baustelleneinrichtung				
3.1.4	An- und Abtransport der Geräte u. Ausrüstungen, Hilfsstoffe, Pachten usw.				
3.1.5	Sonderkosten der Baustelle, wie techn. Ausführungsbearbeitung, objektbezogene Versicherungen usw.				
Baustellengemeinkosten (Summe 3.1)					
3.2	<b>Allgemeine Geschäftskosten (Summe 3.2)</b>				
3.3	<b>Wagnis und Gewinn (Summe 3.2)</b>				
Umlage auf die Einzelkosten (Summe 3)					
Angebotssumme ohne Umsatzsteuer (Summe 2 und 3)					

Abbildung 9: Bezuschlagung nach EFB-Preis 1b bei der Kalkulation über die Angebotsendsumme<sup>227</sup>

#### 4.1.3.2 Preisermittlung für die geplanten Krankapazitäten

Bereits bei der Angebotsbearbeitung muss sich der Unternehmer entscheiden, in welcher Form er die erforderlichen Nebenleistungen in seiner Preisermittlung berücksichtigt. Er hat die Wahl die Kosten bei einer einzelnen Leistungsposition oder in den Baustellen-gemeinkosten und somit als Umlagebetrag über alle Positionen innerhalb der so genannten

<sup>227</sup> Formblatt EFB-Preis 1b aus: VHB (2002).

Schlüsselkosten zu verrechnen. Grundsätzlich sollte die Kostenverrechnung nach dem Prinzip erfolgen, dass Kosten für Nebenleistungen auf diejenigen Positionen verteilt werden, durch deren Leistungen sie verursacht werden. Typische Vorhaltegeräte wie Krankapazitäten werden durch die Verrechnung in den Baustellengemeinkosten – im Gegensatz zu den Leistungsgeräten z. B. für die Betonverarbeitung – auf alle Teilleistungen verteilt, sofern sie nicht gesondert ausgeschrieben werden.

Es ist davon auszugehen, dass Unternehmer im Rahmen ihrer Preisermittlung für die Baustellengemeinkosten eine differenzierte Kalkulation in Anlehnung an die Ermittlung der Einzelkosten der Teilleistungen vornehmen. Diese werden sie allerdings nicht notwendigerweise als Bestandteil der Vertragskalkulation hinterlegen. Stattdessen beschränken sie sich oftmals darauf, lediglich kumulierte Teilsummen z. B. in Anlehnung an die Aufgliederung der Baustellengemeinkosten nach dem Formblatt EFB-Preis 1b in Lohnkosten, Gehaltskosten, Vorhaltekosten für Baustelleneinrichtung, Kosten für An- und Abtransporte der Geräte und Ausrüstungen sowie Sonderkosten auszuweisen (siehe Abbildung 9). Informationen zu einzelnen Elementen wie den kalkulierten Krankapazitäten sind dem Formblatt nicht zu entnehmen.

Für die Preisermittlung des im Beispiel genannten firmeneigenen Turmdrehkrans wird der Unternehmer – wie allgemein bei Eigengeräten üblich – ein Baugeräte-Kostenblatt detailliert ausfüllen. Hierbei können bereits unternehmerische Entscheidungen einfließen und zu Zeiten eines starken Wettbewerbs niedrige oder zu Zeiten eines schwachen Wettbewerbs höhere Sätze für Abschreibung und Verzinsung berücksichtigt werden. Ein typisches Baugeräte-Kostenblatt ist in Abbildung 10 dargestellt. Die zeitabhängigen Kosten für den Einsatz des Krans sind mit 151,90 € pro Betriebsstunde angegeben. Dies entspricht einem Verrechnungssatz von rund 6.080,00 € pro Woche (bei 40 Betriebsstunden pro Woche). Zu den zeitabhängigen Kosten für den Kran kommen weitere, zeitunabhängige Kosten für den Transport, sowie den Auf- und Abbau des Krans hinzu. Diese werden pauschal mit 3.800,00 € angesetzt.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> Bei den Sätzen für Abschreibung und Verzinsung sowie Reparaturkosten wurden weniger als 50 % der nach BGL (2001) vorgesehenen Werte angesetzt. Aufgrund der im Jahr 2006 weiterhin sehr schwierigen Marktlage dürften diese Werte sogar noch relativ hoch angesetzt sein.

**Baugeräte-Kostenblatt**

<b>Abschreibung, Verzinsung und Reparatur</b>					
Abschreibungszeitraum:		Monate:		Vorhaltezeit:	
BGL-Nr. Inventar Nr.	Abschreibungs- Grundwert	Bezeichnung	Gew. ( t )	Abschr. u. Verzinsung ( € / Monat )	Reparatur ( € / Monat )
<b>C.0.10.0560</b>	<b>647.000,00</b>	<b>Turmdrehkran mit Laufkatzausleger</b>	<b>65,0</b>	<b>6.599,40</b>	<b>3.235,00</b>
<b>C.0.20.0560</b>	<b>28.500,00</b>	<b>Turmstück, Kletterbar (5 Stück)</b>	<b>1,2</b>	<b>290,70</b>	<b>142,50</b>
<b>C.0.41.0630</b>	<b>287.500,00</b>	<b>Unterwagen mit Turmbasisstück</b>	<b>42,6</b>	<b>2.932,50</b>	<b>1.437,50</b>
		<b>Σ</b>	<b>108,8</b>	<b>9.822,60</b>	<b>4.815,00</b>
		Lohnfaktor: (1+ 0,4 x Sozialzuschlag ) =	<b>1,35748</b>		<b>6.536,27</b>
		Erzeugerpreisindex x 1 / 100 =	<b>1,029</b>	<b>10.107,46</b>	<b>6.725,82</b>
		Gerätekosten pro Monat		A + V + R	<b>16.833,27</b>
		Betriebsstunden pro Monat =	<b>170</b>	h / Monat	
		1) Gerätevorhaltekosten / Betriebsstunde			<b>99,02</b>
<b>Betriebsstoffkosten</b>					
Betriebsstoffe:		<b>80 kW x 0,20 l / kWh x 1,20 € / l =</b>		<b>19,20</b>	
Schmierstoffe:		<b>15 % der Betriebsstoffe =</b>		<b>2,88</b>	
		2) Betriebsstoffkosten pro Betriebsstunde	<b>Σ</b>	<b>22,08</b>	
		Σ 1) + 2) Betriebskosten pro Betriebsstunde			<b>121,10</b>
<b>Bedienungskosten</b>					
		3) Bedienung je Betriebsstunde: 1,1 Std. x <b>28,00 € / h</b>		<b>30,80</b>	
		Σ 1) + 2) + 3) Betriebskosten pro Betriebsstunde inkl. Bedienung			<b>151,90</b>
<b>Transportkosten, Auf- und Abbau</b>					
				pauschal	<b>3.800,00</b>

**Abbildung 10:** Preisermittlung für die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geplanten Krankapazitäten

Bestandteil einer hinterlegten Kalkulation wird eine solche Gerätekostenermittlung üblicherweise nicht. Häufig erfolgt nicht einmal eine getrennte Ausweisung zeitabhängiger und zeitunabhängiger Krankkosten in den Kalkulationsunterlagen, sondern nur die Angabe eines Gesamtpreises für die Bereitstellung der Krankapazitäten, teilweise sogar lediglich in den aufsummierten Baustellengemeinkosten verrechnet und erst nachträglich mehr oder weniger plausibel darstellbar. Für das Bewertungsbeispiel sei eine Aufgliederung der Baustellengemeinkosten angenommen, aus der lediglich ein Gesamtpreis für den Kraneinsatz hervorgeht. Eine weitere Differenzierung in zeitabhängige und zeitunabhängige Kosten kann durch den Auftragnehmer nachträglich plausibel dargelegt werden.

Die hinterlegte Kalkulation kann im Übrigen durch Vertragsverhandlungen mit privaten Auftraggebern nachhaltig beeinflusst werden. Zur Feststellung der in einem Vertrag vereinbarten Soll-Leistung müssen in diesem Fall die für die Angebotserstellung angefertigten Unterlagen um die Aspekte fortgeschrieben werden, die zwischen Angebotsabgabe und Vertragsschluss vereinbart werden oder sich beispielsweise aus einer verspäteten Beauf-

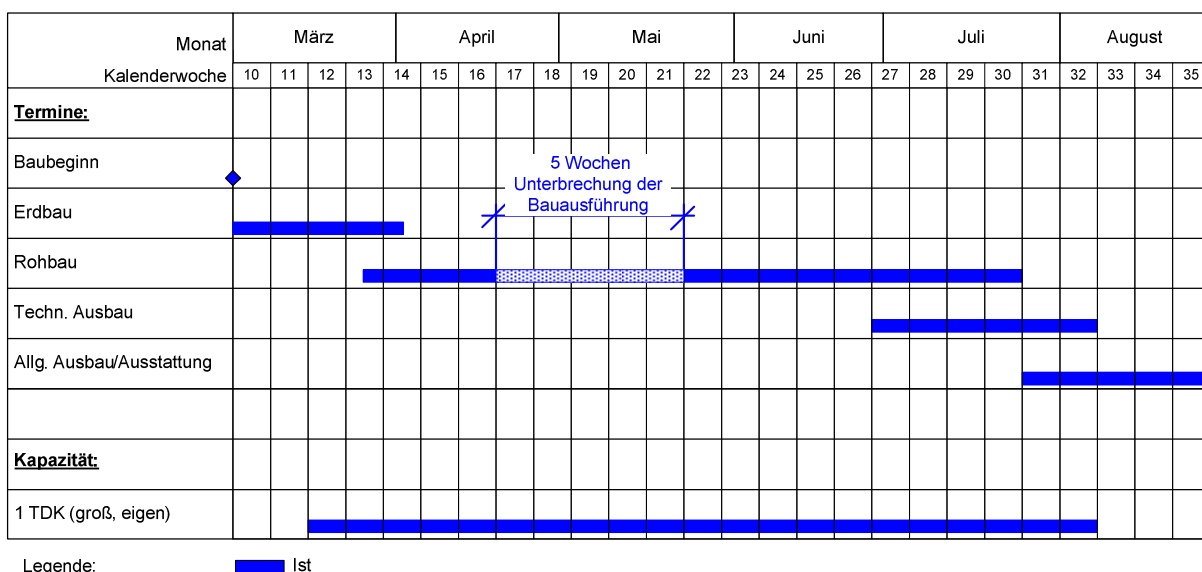
tragung ergeben. Zur Vereinfachung sollen im dargestellten Beispiel keine die Kalkulation beeinflussenden Verhandlungen mehr erfolgt sein.

## 4.2 Szenario 1: Unterbrechung des Bauablaufs

Szenario 1 soll den einfachsten Fall einer Störung darstellen: eine vollständige Unterbrechung des beispielhaften Bauablaufs, d. h. sämtliche Produktionsmittel kommen vollständig zum Erliegen und können keine Leistung mehr erbringen. Die Ausführung erfolgt mit den für die Angebotserstellung geplanten Krankapazitäten (1 eigener, großer TDK), wobei ein anderweitiger Einsatz der untätigen Kapazitäten in diesem Szenario ausgeschlossen wird. Ersparte Aufwendungen sind hingegen zu berücksichtigen.

### 4.2.1 Tatsächlicher Bauablauf

Es wird angenommen, dass die Bauarbeiten zum vereinbarten Termin begonnen werden können und alle Bauleistungen in der vom Auftragnehmer geplanten Geschwindigkeit ausgeführt werden. Zu Beginn der 17. Kalenderwoche kommt es zu einer Unterbrechung der Bauausführung, da der Auftragnehmer zwar seine Leistung zur Erstellung der Rohbauarbeiten anbietet, sie aber vom Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt aufgrund einer unterlassenen Mitwirkungshandlung nicht mehr angenommen werden kann (z. B. weil eine ab diesem Zeitpunkt notwendige Teilbaugenehmigung nicht vorliegt). Die Behinderung der Arbeiten wird durch den Auftragnehmer zu Beginn der 17. Kalenderwoche unverzüglich schriftlich angezeigt und die Leistungsbereitschaft dokumentiert. Der Turmdrehkran wird während der gesamten Unterbrechung auf der Baustelle vorgehalten (siehe Abbildung 11).



**Abbildung 11:** Tatsächliche Termine und Kapazitäten (Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 1

Nach einer 5-wöchigen Unterbrechung sind ab der 22. Kalenderwoche durch das Erbringen der Mitwirkungshandlung die Voraussetzungen für die Weiterführung der Rohbauarbeiten wieder gegeben. Da für die darauf aufbauende Leistungserbringung keine Vorlaufzeit benötigt



wird, können die Arbeiten unmittelbar und ohne Produktivitätsminderungen wieder aufgenommen werden.

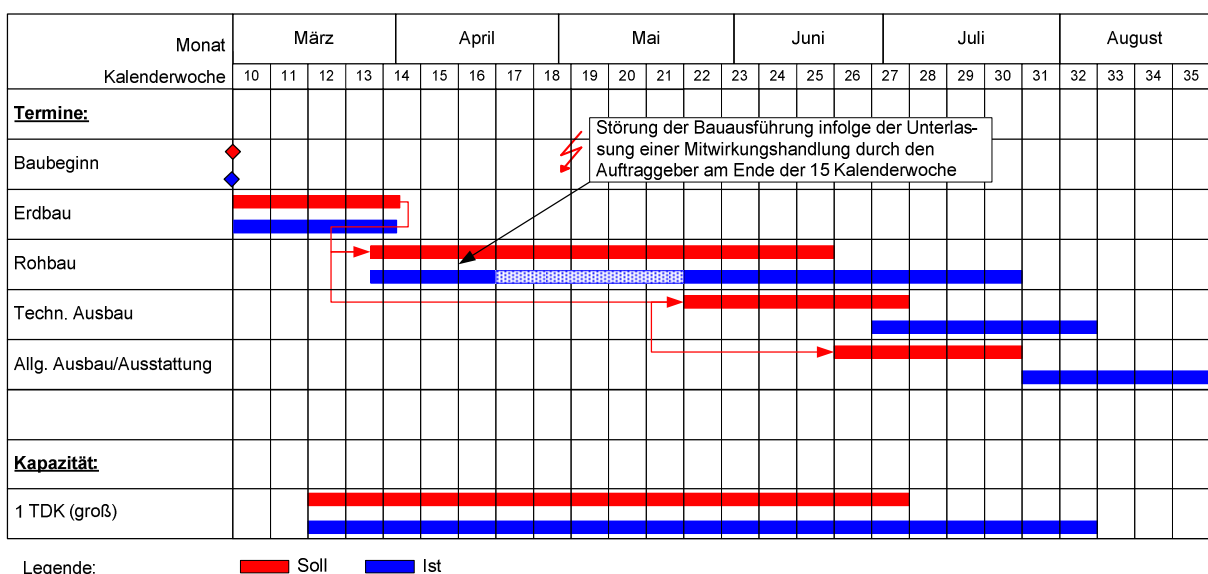
#### 4.2.2 Zeitliche Auswirkungen der Störung

Die Ursache der Bauablaufstörung ist eine vom Auftraggeber unterlassene Mitwirkungshandlung mit darauf folgendem Annahmeverzug, deren Erbringen bis zum Ende der 15. Kalenderwoche vorgesehen war (beispielsweise also das Herbeiführen der genannten Teilbaugenehmigung). Die unterlassene Mitwirkungshandlung wirkt sich erst zu Beginn der 17. Kalenderwoche in Form einer vollständigen Unterbrechung der Bauausführung von 5 Wochen aus. In Bezug auf die Mitwirkungshandlung ist in der Bauablaufplanung also 1 Kalenderwoche Pufferzeit enthalten.

Die Gegenüberstellung des geplanten und des tatsächlichen Bauablaufs (Abbildung 12) zeigt, dass es aufgrund der durch den Auftraggeber zu vertretenden Störung zu einer Unterbrechung der Bauarbeiten von 5 Wochen und in der Folge auch zu

- einer Verlängerung des Vorgangs Rohbauarbeiten,
- einer Verschiebung der Vorgänge technischer Ausbau und allgemeiner Ausbau/Ausstattung,
- und damit zu einer verlängerten Vorhaltezeit der Krankapazitäten sowie
- einer Erhöhung der Gesamtbauzeit

von 5 Wochen kommt. Der Turmdrehkran, der von Beginn der 12. Kalenderwoche bis zum Ende der 27. Kalenderwoche insgesamt 16 Wochen vorgehalten werden sollte, muss also tatsächlich 21 Wochen eingesetzt werden.



**Abbildung 12:** Gegenüberstellung der geplanten und tatsächlichen Termine und Kapazitäten (Soll/Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 1

### 4.2.3 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Behinderungsanzeige

Bevor auf einzelne Probleme bei der Berechnung der Entschädigung eingegangen wird, ist zunächst noch ein wichtiger Aspekt zur Sicherung der Anspruchsgrundlage zu erörtern, der an diesem Beispiel verdeutlicht werden kann.

Wie aus dem obigen Soll-/Ist-Vergleich zu ersehen ist, hätte die Mitwirkungshandlung zum Ende der 15. Kalenderwoche erbracht werden sollen, der Auftragnehmer ist in der Ausführung der Leistung jedoch erst ab dem Beginn der 17. Kalenderwoche behindert, da bis zu diesem Zeitpunkt unvermindert weiter gearbeitet werden kann. Die unterlassene Mitwirkungshandlung zieht also nicht unmittelbar einen Annahmeverzug nach sich. Damit stellt sich jedoch die Frage, zu welchem Zeitpunkt die geforderte Behinderungsanzeige zu erfolgen hat, insbesondere wenn der Auftragnehmer zwar noch weiterarbeiten kann, ihm jedoch das Unterlassen der Mitwirkungshandlung bekannt ist und das Risiko einer tatsächlichen Behinderung besteht.

Die vom BGH auch bei der Entschädigungsberechnung geforderte Behinderungsanzeige nach § 6 Nr. 6 VOB/B soll den Auftraggeber in Kenntnis setzen, dass aufgrund einer von ihm unterlassenen Handlung die Leistungserbringung unterbrochen ist, und ihn in die Lage versetzen, Maßnahmen zur Beseitigung der hindernden Umstände zu ergreifen (siehe Kapitel 2.3.2). Nach § 6 Nr. 6 VOB/B ist dem Auftraggeber eine Behinderung unverzüglich anzuzeigen, wenn der Auftragnehmer sich in der ordnungsgemäßen Ausführung seiner Leistung behindert *glaubt*. Inwieweit im Sinne der Kooperationsverpflichtung argumentiert werden kann, dass bereits die zu einem bestimmten Zeitpunkt unterlassene Mitwirkungshandlung zu einer prophylaktischen Warnung an den Auftraggeber führen muss, sofern der Auftragnehmer *glaubt*, dass diese Störung Konsequenzen für die Bauausführung haben *wird*, kann in dieser Arbeit nicht abschließend geklärt werden.<sup>229</sup> Beispielsweise nach dem Modell des „NEC Engineering and Construction Contract (NEC ECC)“ abgeschlossene Verträge sehen aber die frühzeitige Abgabe einer Warnung (ein so genanntes „Early Warning“) in diesem Fall explizit vor.<sup>230</sup>

Voraussetzung für eine prophylaktische Warnung ist allerdings, dass dem Auftragnehmer bekannt ist, dass eine notwendige Mitwirkungshandlung durch den Auftraggeber nicht erbracht wurde und sich ihm dies nicht erst durch den Annahmeverzug offenbart. Da dem Auftragnehmer allerdings keine Verpflichtung zur Kontrolle der terminlichen Einhaltung der erforderlichen Mitwirkungshandlungen und der sonstigen Pflichten und Leistungen aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers obliegt, muss nach derzeitiger Rechtslage davon

<sup>229</sup> Zur ausführlichen Erörterung der Thematik der Kooperationspflichten vgl. z. B. Fuchs (2004).

<sup>230</sup> Der „NEC Engineering and Construction Contract“ ist ein Vertragsmuster für die Planung, den Bau und den Anlagenbau. Es wird von „The Institution of Civil Engineers“ herausgegeben und soll als alternatives Vertragsmodell dienen, bei dem Auftraggeber und Auftragnehmer umfassend miteinander kooperieren. Durch die Einführung eines „Early Warning“ und das Veranlassen eines Abstimmungsgesprächs soll die jeweils andere Vertragspartei auf drohende Kostenüberschreitungen, Bauzeitverlängerungen oder Mängel in der Bauausführung informiert werden und es sollen Auswirkungen erörtert, Lösungen gesucht und Entscheidungen getroffen werden. Vgl. hierzu u. a. auch Schmidt-Gayk (2003), S. 182 ff., und Wanninger (2003), S. 95 f.

ausgegangen werden, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber zwar vor einer Behinderung warnen darf, aber nicht muss (zumindest bei nicht nach dem NEC ECC abgeschlossenen Verträgen). Da professionell arbeitende Auftraggeber jedoch so früh wie möglich und nicht erst nach Eintreten der Behinderung informiert werden möchten, werden zu diesem Zweck mitunter zusätzliche, von der VOB/B abweichende Regelungen vertraglich vereinbart.<sup>231</sup>

Im dargestellten Szenario 1 kann in der 16. Kalenderwoche gearbeitet werden, obwohl die Mitwirkungshandlung am Ende der 15. Kalenderwoche nicht erfolgt ist. Der Auftragnehmer ist also noch nicht in seiner Ausführung behindert. Da keine weitere Vorlaufzeit durch den Auftragnehmer benötigt wird, hätte das Erbringen der Mitwirkungshandlung innerhalb der 16. Kalenderwoche die drohende Behinderung problemlos abwenden können. Trotz verspäteter Mitwirkungshandlung wäre somit kein Annahmeverzug eingetreten.

Maßgeblich hängt es daher bei vom Auftragnehmer benötigten Vorlaufzeiten davon ab, wie die vertraglichen Vereinbarungen hierzu im Detail aussehen und dass entsprechende Termine zur Erbringung der Mitwirkungshandlung eindeutig bestimmbar sind. Da im dargestellten Beispiel keine Vorlaufzeiten zwischen Mitwirkungshandlung und der entsprechenden Leistung vereinbart wurden, hat die Behinderungsanzeige zur Sicherstellung der Anspruchsgrundlage nach § 642 BGB unverzüglich zu erfolgen, sobald der Annahmeverzug tatsächlich eingetreten ist, d. h. wie in Kapitel 4.2.1 beschrieben zu Beginn der 17. Kalenderwoche.

#### 4.2.4 Abgrenzung von konkretem Nachweis und Schätzung

Wie in Kapitel 3.3 bereits erläutert wurde, ist beim Entschädigungsnachweis eine bauablaufbezogene Darstellung der Behinderung und deren Auswirkungen wie beim Schadensnachweis erforderlich, um den kausalen Zusammenhang zu den daraus entstandenen Mehrkosten hinreichend darzulegen. Die für den Schadensnachweis gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B in der Vergangenheit durch die Rechtsprechung definierten Anforderungen (siehe Kapitel 2.3 und Kapitel 3.2) sind somit auf den Entschädigungsnachweis gemäß § 642 BGB zu übertragen.<sup>232</sup>

Zur Abgrenzung der Bereiche der Entschädigungsberechnung, die konkret dargelegt werden müssen von denjenigen, die einer Schätzung zugänglich sind, liegt nahe, den aus dem Schadensersatz bekannten Begriffen *Behinderung* und *Schaden* bei der Entschädigung die Begriffe *Leistung/Kapazität* und *Mehrkosten* gegenüberzustellen. Entsprechend müssten sämtliche Leistungen und Einsatzzeiten von Kapazitäten konkret dargelegt werden und nur die Kosten dürften geschätzt werden. Diese Differenzierung kann jedoch inhaltlich so nicht zutreffend sein, da auch im Hinblick auf die Bewertung der weiteren zeitlichen Auswirkungen einer Behinderung auf Leistungen und Kapazitäten Darlegungserleichterungen bestehen (siehe Kapitel 2.3.3).

---

<sup>231</sup> Vgl. Wanninger (2003), S. 94 f.

<sup>232</sup> Zur Erinnerung: Behinderungsursache, Dauer und Umfang der Behinderung zählen zur haftungsbegründenden Kausalität und sind vollständig zu beweisen. Für die Höhe des Schadens bzw. die Entschädigung besteht hingegen auch die Möglichkeit einer Schätzung nach § 287 ZPO. Vgl. zur Einordnung und Möglichkeiten der Schätzung bei der Entschädigung vor allem Kniffka (2006), § 642, Rdn. 62 ff. und Ingenstau/Korbion (2004), S. 1906, Rdn. 14.

Im vorliegenden Szenario sind die unterlassene Mitwirkungshandlung (die beispielhaft angeführte fehlende Teilbaugenehmigung) als Behinderungsursache, die Dauer des direkt daraus resultierenden Annahmeverzugs von 5 Wochen und die von der Behinderung betroffenen Leistungen und Kapazitäten, also alle Rohbauarbeiten und die hier näher betrachteten Krankapazitäten, als Umfang der Behinderung konkret nachzuweisen. Die Auswirkungen der Behinderung, also die resultierende geänderte Einsatzzeit des Krans, kann anhand geeigneter, greifbarer Anhaltspunkte geschätzt werden. Die geänderte Kraneinsatzzeit könnte z. B. auf Basis von Gerätemietlisten o. Ä. sogar belegt werden. Geschätzt werden darf, ob die Änderung der Einsatzzeiten allein durch die vorgetragene Behinderung oder durch sonstige Umstände verursacht wurde. Ein eindeutiger Beweis wäre hierfür auch gar nicht möglich, da gerade bei einer Überlagerung mehrerer Störungen konkrete Einzelfolgen nicht mehr vollständig separiert werden können.

#### 4.2.5 Detaillierungsgrad des Nachweises

Zweck der bauablaufbezogenen Darstellung bei der Berechnung der Entschädigungshöhe ist, die geänderten Vertragsumstände nach Beendigung des Annahmeverzugs bewerten zu können (siehe Kapitel 3.3.1). Hierzu sind die terminlichen Konsequenzen der Störung für alle Mehrkosten verursachenden Leistungen und dabei eingesetzten Kapazitäten zu untersuchen. Unklar ist jedoch, ob die Darlegung der Folgen einer Behinderung für Bauleistungen mit dem durch den Terminplan vorgegebenen Detaillierungsgrad genügt, oder ob die Folgen auf der Ebene einzelner, von einer Behinderung betroffener Personal- und Gerätekapazitäten differenziert belegt werden müssen.

Bereits in der Behinderungsanzeige sind Aussagen über den Umfang der betroffenen Leistungen zu treffen, also beispielsweise, welche Arbeiten durchgeführt werden sollten und nun nicht ausgeführt werden können und welche Geräte- und Personalkapazitäten hiervon betroffen sind. Um den Kausalitätsnachweis zwischen unterlassener Mitwirkungshandlung, Annahmeverzug und den davon betroffenen Leistungen und Kapazitäten erfüllen zu können, muss ein detaillierter Nachweis in Form der bauablaufbezogenen Darstellung der Behinderung und ihrer Folgen separat für einzelne Teilleistungen und Kapazitäten erfolgen. Darüber hinaus erfordert auch die Berechnung der zu entschädigenden Mehrkosten und die Bewertung ersparter Aufwendungen (Lohn-, Material- oder Gerätekostenanteile) und anderweitig eingesetzter Kapazitäten, eine detaillierte Betrachtung auf der Ebene einzelner Kapazitäten und Leistungen (hierauf wird in den weiteren Szenarien noch detailliert eingegangen), wenngleich Möglichkeiten der Schätzung die Berechnung der Anspruchshöhe vereinfachen.<sup>233</sup>

Im betrachteten Beispiel reicht es nicht aus, lediglich die Auswirkungen auf die insgesamt beauftragten Bauarbeiten zu untersuchen und auf dieser Basis die Entschädigung festzulegen. Es muss vielmehr ein direkter Zusammenhang zwischen der Ursache der Behinderung in

---

<sup>233</sup> Kniffka/Koeble (2004), S. 452 f., schreiben zur Abrechnung nach freier Kündigung beim Einheitspreisvertrag (aus der Erkenntnisse über den Umgang mit ersparten Aufwendungen übertragen werden können), dass die ersparten Aufwendungen erforderlichenfalls positionsbezogen anzurechnen seien.

Form einer unterlassenen Mitwirkungshandlung (hier zum Ende der 15. Kalenderwoche) und der Behinderung der Rohbauarbeiten durch den daraufhin eingetretenen 5-wöchigen Annahmeverzug des Auftraggebers von der 17. bis zur 21. Kalenderwoche sowie den Auswirkungen auf die im Beispiel genannte Krankkapazität nachgewiesen werden. Übertragen auf weitere Kapazitäten sind die vorgesehenen Geräte oder Mitarbeiter und deren geplante Arbeiten zu identifizieren sowie die konkreten Auswirkungen des Annahmeverzugs auf die Ausführung dieser Arbeiten darzustellen.

Die Notwendigkeit einer leistungs- bzw. kapazitätsbezogenen Untersuchung der Dauer des Verzugs für den Entschädigungsanspruch wird darüber hinaus auch deutlich, wenn mehrere zeitgleich auftretende Störungen zu bewerten sind, für die zum Teil möglicherweise auch der Auftragnehmer verantwortlich ist. Nur bei einer Übertragung der Einzelfall- und Verursachungsprinzipien wie beim Schadensnachweis können auch bei der Entschädigung für den Auftraggeber in nachvollziehbarer Art und Weise die verschiedenen Auswirkungen der unterschiedlichen Störungen bewertet und möglicherweise gegeneinander aufgewogen werden.

Zur Verdeutlichung dieses Sachverhalts sei angenommen, dass der Auftraggeber während der 5-wöchigen Unterbrechung zwar nicht an der Leistungserstellung des Rohbaus weiterarbeiten kann, aber währenddessen Mängelbeseitigungsarbeiten u. a. auch unter Einsatz des Krans durchführt. Würde der Zeitraum der Unterbrechung in diesem Fall vollständig in die Entschädigungsberechnung einfließen, würde der Mehraufwand des Auftragnehmers für die Mängelbeseitigung durch die Entschädigung unzulässigerweise vergütet. Im ungestörten Bauablauf hätten die Mängelbeseitigungsarbeiten zu einer Verlängerung des Ausführungszeitraums oder zumindest zu Mehrkosten durch Überstunden bzw. zusätzliche Kranstunden geführt. Durch eine detaillierte bauablaufbezogene Darstellung auf der Ebene einzelner Kapazitäten ist einerseits die Störung durch den Annahmeverzug (Verantwortung des Auftraggebers), andererseits aber auch die Störung infolge Mängelbeseitigung (Verantwortung des Auftragnehmers) zu bewerten. Das Resultat wäre in diesem Fall also, dass als Dauer des Verzugs für die Krankkapazitäten der Zeitraum des Annahmeverzugs abzüglich des Zeitraums für die Mängelbeseitigung für die Entschädigungsberechnung angesetzt werden müsste.

#### **4.2.6 Bezug zur vereinbarten Vergütung**

Der Ausgleichsanspruch wird nach der vereinbarten Vergütung, d. h. aufgrund der vertraglichen Preisermittlung bestimmt. Berechnungsbasis sind also die Preise laut Angebotskalkulation und nicht tatsächliche Kosten wie bei der Schadensersatzberechnung. Für die Ermittlung von Mehrkosten ist, neben Informationen für die vereinbarte Ausführung in Form angesetzter Kostensätze und Leistungswerte, insbesondere das durch die Preisermittlungsgrundlage festgelegte Preisniveau entscheidend.

Nebenleistungen, wie die im vorgestellten Beispiel eingeplanten Krankkapazitäten, werden häufig in den Baustellengemeinkosten und somit als Umlage auf die Leistungspositionen

verrechnet. Da sich die Baustellengemeinkosten in den Kalkulationsunterlagen allerdings meist nur als kumulierter Wert für die Umlage wieder finden, sind Angaben zu Preisen darin enthaltener Teilleistungen den hinterlegten Dokumenten nicht unmittelbar zu entnehmen. Eine differenzierte Kalkulation der den Nebenleistungen zugeordneten Geräte wird meist zwar im Rahmen der Preisermittlung durchgeführt (etwa in Form eines Baugeräte-Kostenblatts wie in Abbildung 10). Zur Bestimmung der vereinbarten Vergütung und somit des vereinbarten Preisniveaus ist es aber notwendig, dass die Kalkulationsansätze zur Gerätekostenermittlung Bestandteil der hinterlegten Dokumentation der Preisermittlung werden. Zumindest sollten zeitabhängige und zeitunabhängige Bestandteile separat ausgewiesen sein.<sup>234</sup>

Darüber hinaus ist bei einer nachträglichen Darlegung der Preisermittlungsgrundlage und einer damit einhergehenden Aufschlüsselung der Baustellengemeinkosten zu beachten, dass im Rahmen der ursprünglichen Preisermittlung möglicherweise aus wettbewerblichen Erwägungen Zu- oder Abschläge bei den Kalkulationsansätzen oder der Umlage der Kosten gemacht wurden. Für die betrachteten Krankapazitäten wurden beispielsweise nur ca. 50 % der nach Baugeräteliste (BGL) üblichen Werte für Abschreibung und Verzinsung sowie Reparatur angesetzt. Eine nachträgliche Aufschlüsselung der Baustellengemeinkosten muss entsprechende Zu- oder Abschläge berücksichtigen.

Im Fall einer Bauzeitverlängerung werden auch bei den Gemeinkosten üblicherweise nur die zeitabhängigen Bestandteile kostenwirksam und müssen dementsprechend für die Mehrkostenberechnung berücksichtigt werden. Daher muss eine Aufteilung in zeitunabhängige Kosten (z. B. Transporte) und zeitabhängige Kosten (z. B. Gerätevorhaltung) vorliegen, damit eine differenzierte Bewertung der Entschädigungshöhe möglich ist. Die Kosten des ursprünglich geplanten Krans sind sowohl mit den zeitunabhängigen Kosten des Transports, Auf- und Abbaus in Höhe von 3.800,00 € als auch mit den zeitabhängigen Kosten der Vorhaltung in Höhe von 6.080,00 €/Woche (siehe Abbildung 10) bekannt bzw. können nachträglich plausibel in dieser Form dargelegt werden. Entsprechend der in Kapitel 3.3.2 dargestellten Vorgehensweise bei der Bestimmung der Entschädigungshöhe sind erhöhte Baustellengemeinkosten wie direkte Kosten aufzufassen. Da sich bei den zeitunabhängigen Transportkosten keine Mehrkosten infolge der Bauablaufstörung ergeben, sind nur die zeitabhängigen Vorhaltekosten in Höhe von 6.080,00 €/Woche zu berücksichtigen.

#### **4.2.7 Ersparte Aufwendungen**

Bei der Entschädigungsberechnung sind ersparte Aufwendungen anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Wie in Kapitel 3.3 bereits ausführlich dargelegt wurde, beziehen sich die zu ermittelnde Entschädigung und die hiervon abzuziehenden ersparten Aufwendungen ausschließlich auf Leistungen unmittelbar auf der gestörten Baustelle (im Gegensatz zum

---

<sup>234</sup> Kuhne/Kattenbusch (2005), S. 4, empfehlen neben der Ausschreibung der Baustelleneinrichtung und deren Vorhaltung in einer eigenen Leistungsverzeichnisposition auch eine Unterteilung in fixe (zeitunabhängige) und zeitvariable (zeitabhängige) Kosten.

anderweitigen Erwerb, der auf einer anderen Baustelle erfolgt). Darüber hinaus stehen die vereinbarte Vergütung und die ersparten Aufwendungen in direktem sachlichen Zusammenhang, so dass die vereinbarte Vergütung zugleich die Obergrenze für die ersparten Aufwendungen definiert.

Die Möglichkeiten ersparter Aufwendungen sind auf der Ebene der einzelnen Kostenarten und deren -bestandteile zu ermitteln, die zu Mehrkosten infolge der Bauablaufstörung beigetragen haben. Im dargestellten Beispiel können (aufgrund der Einschränkung der Betrachtung auf die Krankapazitäten) ersparte Aufwendungen lediglich bei den Reparaturkosten angesetzt werden.<sup>235</sup>

Zur Berechnung der ersparten Aufwendungen, die hier auf Grundlage der vom Auftragnehmer vorzutragenden Preisermittlungsgrundlage zu schätzen sind, wird zur Vereinfachung die von KAPPELLMANN/SCHIFFERS beschriebene Berechnungsmethodik zur Bewertung von Gerätekosten im Rahmen der Schadensberechnung angewendet.<sup>236</sup> Dabei wird davon ausgegangen, dass auch während der Stillstandszeit witterungsbedingte Reparatur- bzw. Wartungs- und Pflegearbeiten durchzuführen sind, so dass lediglich 80 % der angesetzten Reparaturkosten als ersparte Aufwendungen während der Stillstandszeit anzusetzen sind. Da keine Anhaltspunkte für eine abweichende Kostenentwicklung vorliegen, werden vom kalkulatorischen Reparaturkostenanteil von 1.583,00 €/Woche (gerundet)<sup>237</sup> als ersparte Reparaturaufwendungen für den Kran 1.266,00 €/Woche bzw. 6.330,00 € für die Unterbrechung von 5 Wochen angesetzt.

Einzelheiten zur Kalkulation der Gerätekosten müssen also zum Nachweis der ersparten Aufwendungen bekannt sein und dem Auftraggeber dargelegt werden. Einer entsprechend detaillierten Kalkulation der Gerätekosten wie in Abbildung 10 können diese Angaben entnommen werden, allerdings ist eine derartige Gerätekostenkalkulation üblicherweise nicht in einer Vertragskalkulation hinterlegt, so dass eine entsprechende Aufschlüsselung für den Entschädigungsnachweis nachträglich zu erfolgen hat.

#### 4.2.8 Ergebnisse für Szenario 1

Aufbauend auf dem Nachweis des kausalen Zusammenhangs zwischen der Behinderung und den betroffenen Leistungen bzw. Kapazitäten sind für die Ermittlung der Auswirkungen des Annahmeverzugs im Bewertungsbeispiel folgende Zeiträume heranzuziehen:

<sup>235</sup> Nicht angefallene Betriebsstoffkosten sollen aus Gründen der Übersichtlichkeit des Beispiels vernachlässigt werden. Bedienungskosten können in diesem Fall nicht erspart werden, da sie zu den Personalkosten zählen und nicht kurzfristig abgebaut werden können. Ein anderweitiger Einsatz des Kranführers soll in diesem Szenario nicht betrachtet werden.

<sup>236</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 659 ff.: Demnach ist der auf Witterungseinflüsse zurückzuführende Reparaturbedarf auf 20 % vom kalkulierten Reparaturwert einzuschätzen und im Rahmen einer Schadensermittlung anzusetzen. Andere Berechnungsansätze wären ebenso denkbar, wie beispielsweise eine, an die Gerätekostenermittlung für geplante Stillliegezeiten angelehnte Berechnung (siehe z. B. Drees/Paul (2002)). Da dieser Teil des Entschädigungsnachweises einer Schätzung grundsätzlich zugänglich ist, kommt es auf die Argumente für die Annahme an.

<sup>237</sup> Vgl. Abbildung 10:  $6.725,82 \text{ €/Monat} / 170 \text{ h/Monat} \times 40 \text{ h/Woche} = 1.582,55 \text{ €/Woche}$ .

- Unterbrechung der Bauausführung: 5 Wochen
- zusätzliche Vorhaltdauer des Krans: 5 Wochen

Als maßgeblicher zeitlicher Faktor für die Bewertung der Entschädigung sind somit 5 Wochen als Dauer des Verzugs zu berücksichtigen und nicht die Dauer der unterlassenen Mitwirkungshandlung von 6 Wochen. Gegenstand einer Schätzung ist in diesem Fall, ob die resultierende geänderte Einsatzzeit des Krans allein durch die vorgetragene Behinderung oder durch sonstige Umstände verursacht wurde. Die geforderten greifbaren Anhaltspunkte für eine solche Schätzung können beispielsweise Bautagesberichte sein, aus denen der vollständig unproduktive Einsatz des Krans und der behinderte Verlauf der Arbeiten hervorgeht.

Für den Kraneinsatz waren zur Preisermittlung 6.080,00 €/Woche bei einer Vorhaltezeit von 16 Wochen einkalkuliert. Von den Kosten für den Kran sind 1.266,00 €/Woche als ersparte Aufwendungen abzuziehen, so dass 4.814,00 €/Woche bzw. bei einer 5-wöchigen Unterbrechung 24.070,00 € als Entschädigung für die direkten Kosten der Krankapazitäten anzusetzen sind. Eine Ausweitung der Entschädigungsermittlung auf alle während der Störung zu betrachtenden Leistungen und Kapazitäten würde erfordern, dass in gleicher Art und Weise systematisch alle Kostenarten hinsichtlich weiterer Mehrkosten zu untersuchen wären (siehe Kapitel 3.3.2). Die Berechnung der Entschädigung für die direkten Mehrkosten der Krankapazitäten infolge des Annahmeverzugs in Szenario 1 ist in Tabelle 7 dargestellt.

Szenarien	Kosten pro Woche	Mehrkosten für die 5-wöchige Unterbrechung
<u>Szenario 1</u>		
direkte Mehrkosten	6.080,00 €/Woche	30.400,00 €
./. ersparte Aufwendungen	1.266,00 €/Woche	6.330,00 €
<b>Entschädigungshöhe</b>		<b>24.070,00 €</b>

**Tabelle 7:** Entschädigung der direkten Mehrkosten für die Krankapazitäten (Szenario 1)

Die Ermittlung einer angemessenen Entschädigung der direkten Mehrkosten für den Kran ist in diesem Szenario verhältnismäßig einfach, da von einer vollständigen Unterbrechung der Arbeiten ausgegangen wurde und die Leistung mit den eingeplanten Kapazitäten durchgeführt wurde. Trotzdem wurde bereits bei diesem einfachen Beispiel deutlich, dass erhebliche Anforderungen an die Dokumentation der Preisermittlungsgrundlage gestellt werden, damit die vereinbarte Vergütung und ersparte Aufwendungen für einzelne Leistung bzw. Kapazitäten zutreffend bewertet werden können. Insbesondere gilt dies, wenn es sich um Leistungen oder Kapazitäten handelt, die in den Baustellengemeinkosten verrechnet wurden.



### **4.3 Szenario 2: Unterbrechung des Bauablaufs, geänderte Krankapazitäten**

In Szenario 2 wird weiterhin von einer Unterbrechung des Bauablaufs ausgegangen, d. h., sämtliche Produktionsmittel kommen vollständig zum Erliegen und können keine Leistung mehr erbringen. Die Ausführung erfolgt jedoch aufgrund auftragnehmerseitiger Umdisposition nicht mit den in der Angebots- und Vertragskalkulation vorgesehenen Krankapazitäten, so dass die Bewertung der störungsbedingten Mehrkosten aus der Kalkulation nicht ohne weiteres abgeleitet werden kann. Auch die Bewertung ersparter Aufwendungen gestaltet sich schwieriger, da kalkulatorische Angaben in der Vertragskalkulation nur für die geplante Ausführung vorliegen.

#### **4.3.1 Tatsächlicher Bauablauf**

Der Bauablauf für Szenario 2 unterscheidet sich nicht von dem in Szenario 1 beschriebenen. Störungsereignis ist auch hier eine vom Auftraggeber unterlassene Mitwirkungshandlung, in deren Folge es zu einem auftraggeberseitigen Annahmeverzug kommt und sämtliche Arbeiten auf der Baustelle für einen Zeitraum von 5 Wochen vollständig eingestellt werden. Die Ausführung erfolgt allerdings im Unterschied zu Szenario 1 mit zwei Kranen.

Häufig finden erst nach Vertragsschluss detaillierte Planungen zur Ausführung statt, so dass ursprünglich kalkulierte Bauverfahren oder eingeplante Kapazitäten geändert werden. Die üblicherweise unter erheblichem Zeitdruck zu erstellende Angebotskalkulationen und die Ungewissheit, mit einem Angebot erfolgreich einen Auftrag akquirieren zu können, lassen eine aufwendige und detaillierte Planung aus wirtschaftlicher Sicht nicht zu. Der Auftragnehmer darf, wie in Kapitel 4.1.2 bereits erläutert, über Einzelheiten des Produktionsablaufs im vertraglich vereinbarten Rahmen frei bestimmen (Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers) und somit auch nachträglich Änderungen der Nebenleistungen vornehmen. Für das Szenario 2 wird angenommen, dass der Auftragnehmer bezüglich seiner Krankapazitäten eine Umdisposition im Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Baubeginn vornimmt und entgegen seiner Angebotsplanung zwei kleinere Krane anstelle eines großen Krans einsetzt. Hierbei handelt es sich um ein Eigen- und ein Fremdgerät mit gleicher Größe und Leistungsfähigkeit.

Da der Auftragnehmer bedingt durch seine Umdisposition keinen wirtschaftlichen Schaden erleiden will, führt er im Vorfeld der Änderung einen Verfahrens- und Wirtschaftlichkeitsvergleich durch und vergleicht sowohl die Leistungen als auch die damit verbundenen Kosten. Durch den Einsatz der zwei kleinen Krane erhofft sich der Auftragnehmer flexiblere Einsatzmöglichkeiten, insbesondere bezüglich der Rohbauarbeiten. Darüber hinaus kann der Auftragnehmer den großen eigenen Kran auf einer anderen Baustelle sinnvoller einsetzen, für die ansonsten ein großer Kran hätte gemietet werden müssen. Auf diese Weise muss der Auftragnehmer nur einen kleinen Kran mieten, für den ein günstiges Angebot eines Baugeräte-

verleihers vorliegt. Ein weiterer, unternehmenseigener kleiner Kran steht zudem ab Anfang der 14. Kalenderwoche zur Verfügung.

Der eigene Kran wird 2 Wochen später als der gemietete Kran auf der Baustelle eingerichtet, was angesichts von noch laufenden Erdbauarbeiten bauablauftechnisch auch keine Probleme darstellt. Die beiden kleinen Krane sollen nach Abschluss des technischen Ausbaus am Ende der 27. Kalenderwoche gleichzeitig abgebaut werden, woraus sich für den in der Vorhaltung etwas teureren, eigenen Kran somit 14 Wochen und für den etwas günstigeren, gemieteten Kran 16 Wochen Vorhaltezeit ergeben. Aufgrund der Umdisposition entsteht somit für den Auftragnehmer bei ungestörtem Bauablauf durch die zeitliche Staffelung zu Beginn der Baumaßnahme sogar ein geringer Kostenvorteil gegenüber dem Einsatz eines großen Krans von insgesamt 1.960,00 €, obwohl die zeitabhängigen Kosten etwas höher ausfallen (siehe Tabelle 8).

<b>Planung: Krankapazitäten für Angebotskalkulation</b>		
Kosten TDK (Eigengerät, groß)		
aus Baugerätekostenblatt (siehe Abbildung)	6.080,00 €/Woche	
Transportkosten, Auf- und Abbau (pauschal)	3.800,00 €	
Vorhaltedauer	16,0 Wochen	
<b>Gesamtkosten ursprünglich geplanter Kraneinsatz</b>		
	$16 \times 6.080,00 + 3.800,00 =$	<b>101.080,00 €</b>
<b>Alternative: Umdisposition der Krankapazitäten</b>		
Kosten TDK (Eigengerät, klein)		
aus interner Gerätekostenkalkulation	3.280,00 €/Woche	
Transportkosten, Auf- und Abbau (pauschal)	1.800,00 €	
Vorhaltedauer	14,0 Wochen	
Kosten TDK (Fremdgerät, klein)		
gemäß Angaben Baugeräteverleiher	3.100,00 €/Woche	
Transportkosten, Auf- und Abbau (pauschal)	1.800,00 €	
Vorhaltedauer	16,0 Wochen	
<b>Gesamtkosten umdisponierter Kraneinsatz</b>		
	$14,0 \times 3.280,00 + 1.800,00 + 16,0 \times 3.100,00 + 1.800,00 =$	<b>99.120,00 €</b>

**Tabelle 8:** Wirtschaftlichkeitsvergleich für die Umdisposition der Krankapazitäten

Für das Szenario 2 wird davon ausgegangen, dass beide Krane auf der Baustelle während des Zeitraums der Unterbrechung ununterbrochen vorgehalten werden, da zu Beginn der Unterbrechung deren Dauer nicht bekannt ist und somit ein sinnvoller anderweitiger Einsatz der Krane nicht geplant werden kann. Beide Krane werden weiterhin bis zum Ende der Arbeiten am technischen Ausbau benötigt. Der tatsächliche Bauablauf und Kapazitätseinsatz ist Abbildung 13 zu entnehmen.



Auch in Szenario 2 verlängern sich die Vorhaltezeiten der Krankapazitäten. Der große Kran, der von Beginn der 12. Kalenderwoche bis zum Ende der 27. Kalenderwoche insgesamt 16 Wochen vorgehalten werden sollte, wurde allerdings durch zwei kleinere Krane ersetzt. Kran 1 sollte laut interner Kapazitätsplanung aufgrund der 2 Wochen späteren Einrichtung auf der Baustelle für einen Zeitraum von 14 Wochen eingesetzt werden. Tatsächlich muss dieser Kran nun infolge der Unterbrechung 19 Wochen auf der Baustelle vorgehalten werden. Kran 2 sollte wie der ursprünglich vorgesehene große Kran 16 Wochen auf der Baustelle eingesetzt werden. Tatsächlich muss Kran 2 von Beginn der 12. Kalenderwoche nun nicht nur bis zum Ende der 27. Kalenderwoche, sondern bis zum Ende der 32. Kalenderwoche, also insgesamt 21 Wochen, vorgehalten werden. Für beide Krane ergibt sich somit eine zusätzliche Vorhaltezeit von jeweils 5 Wochen.

### **4.3.3 Bauablaufbezogene Untersuchung des tatsächlichen Baugeschehens**

Die bauablaufbezogene Untersuchung muss sich auf das tatsächliche Baugeschehen beziehen, also auf den tatsächlichen Einsatz der Krankapazitäten. Eine Untersuchung der geplanten Krankapazität wäre rein fiktiv, da der eine große Kran tatsächlich nicht eingesetzt wurde. Ein sachgerechter Kausalitätsnachweis zwischen Behinderung und den unterschiedlichen Auswirkungen der Störung auf die beiden Krane wäre nicht möglich. Ebenso wenig wäre eine nachvollziehbare Anrechnung tatsächlich ersparter Aufwendungen und eines anderweitigen Einsatzes nur eines Teils der Kapazitäten möglich.

Durch die bauablaufbezogene Darstellung des tatsächlichen Baugeschehens werden hingegen auch etwaige Kalkulationsirrtümer oder Änderungen der Vorhaltezeiten aufgrund anderer Einflüsse – wie in diesem Fall die gestaffelte Bereitstellung der vollen Krankapazität – berücksichtigt. Zwar sind infolge der Umdisposition die zeitabhängigen Kosten pro Woche etwas höher, durch den 2 Wochen späteren Einsatz von Kran 1 wird jedoch insgesamt ein geringer zusätzlicher Kostenvorteil geschaffen. Die unterschiedlichen Vorhaltezeiten der Krane müssen in die Berechnung mit einbezogen werden, da sie ein wesentliches Element in der Kalkulation für die Umdisposition der Krankapazitäten sind.

Anhand von Szenario 2 wird damit sehr deutlich, dass sich die gerichtlich geforderte bauablaufbezogene Darstellung ausschließlich auf das tatsächliche Baugeschehen beziehen muss und in dem bereits in Szenario 1 (Kapitel 4.2.5) beschriebenen Nachweis hinsichtlich des Detaillierungsgrads einzelne, tatsächlich von einer Behinderung betroffene Leistungen und Kapazitäten unter Einbeziehung der terminlichen Planung zu berücksichtigen sind.

### **4.3.4 Bezug zur vereinbarten Vergütung bei geändertem Kapazitätseinsatz**

Im Vergleich zu Szenario 1 ergibt sich also nunmehr das Problem, dass nicht nur weitere Details der vereinbarten Preise gegebenenfalls nachträglich dargelegt werden müssen (beispielsweise die Aufteilung in zeitabhängige und zeitunabhängige Kosten), sondern dass der vereinbarte Preis für eine Ausführung mit anderen Kapazitäten vorgesehen war. Liegen detaillierte Kostenansätze in einer hinterlegten Vertragskalkulation vor, beziehen sich diese

lediglich auf die Variante mit einem großen Kran, die jedoch nicht auf die tatsächlich vorliegende Situation mit zwei kleinen Kranen übertragbar sind. Die Berechnung von Mehrkosten infolge zusätzlicher Vorhaltdauern auf Basis der kalkulatorischen Ansätze für die Angebotskalkulation kann also im Fall einer Umdisposition wie in diesem Beispiel keine zutreffenden Ergebnisse liefern.

Analog zur Vergütungsberechnung müssen daher die betroffenen Leistungen oder Kapazitäten nachträglich kalkuliert und dem vertraglichen Preisniveau angepasst werden. In Abhängigkeit von der zur Verfügung stehenden Dokumentation der Preisermittlungsgrundlage können insbesondere bei der Bestimmung des Preisniveaus für Bestandteile der Baustellengemeinkosten – die üblicherweise nur als pauschaler Satz in der Kalkulation vereinbart werden – Schwierigkeiten aufgrund fehlender Details zur Preisermittlung auftreten.

#### 4.3.4.1 Maßgebendes Preisniveau

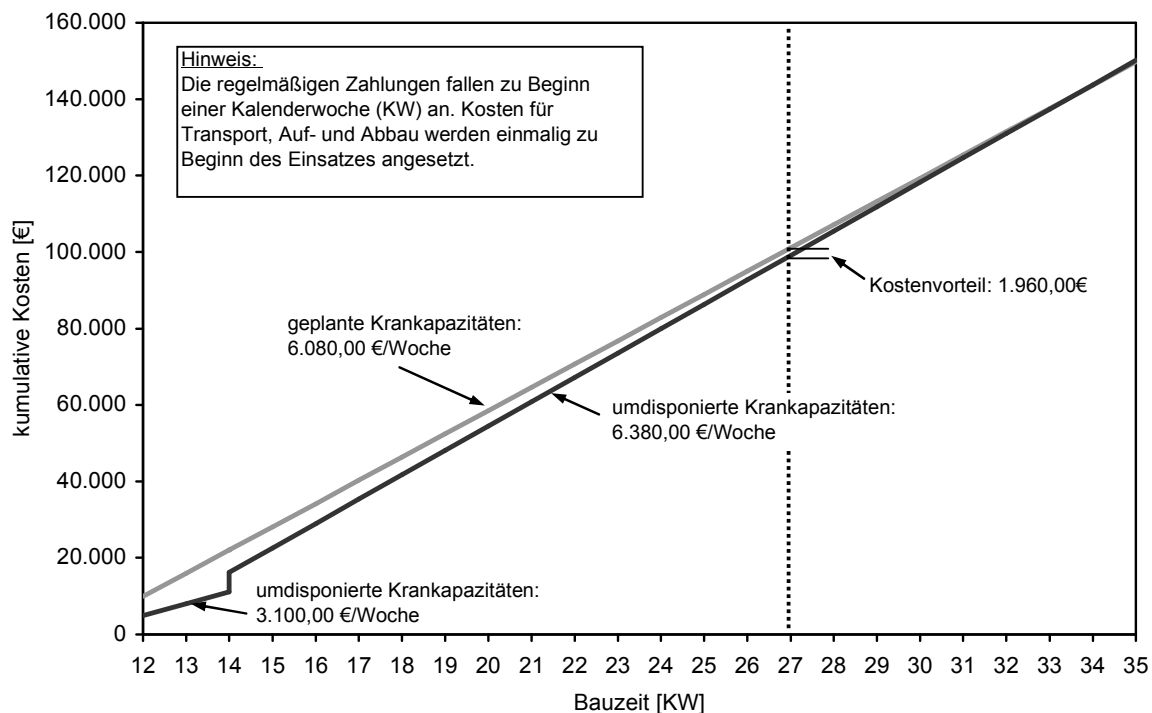
Für die Bewertung der Entschädigungshöhe ist die vertraglich vereinbarte Vergütung für die betreffende Leistung/Kapazität entscheidend, wobei die vereinbarte Vergütung für Krankapazitäten aufgrund deren Verrechnung in den meist nur gering aufgeschlüsselten Baustellengemeinkosten häufig nicht ohne weiteres festzustellen ist. Nachträglich ist daher für die verwendeten Kapazitäten eine Kalkulation entweder durch den Auftragnehmer zu liefern (also beispielsweise durch Offenlegung der internen Kalkulation wie in Tabelle 8) oder durch Dritte (z. B. Gutachter) anhand von Tabellenwerken bzw. allgemeinen Ermittlungssystemen zu erstellen. Die hierzu verwendeten Kostenansätze sind anschließend dem Vertragspreisniveau anzupassen, um auf diese Weise eine Preisermittlungsgrundlage für die tatsächlich eingesetzten Kapazitäten zu erhalten. Bei der nachträglichen Darlegung einer Kalkulation für die tatsächliche Ausführung sind auch von der ursprünglichen Planung abweichende zeitliche Randbedingungen zu berücksichtigen.<sup>238</sup>

Eine Arbeitskalkulation, in der die Umdisposition mit den tatsächlichen Kostensätzen eingeflossen ist, kann nicht zur Berechnung der Entschädigung für die tatsächliche Ausführung herangezogen werden. Ebenso wie es bei der Vergütungsberechnung nicht zulässig ist, aus der Arbeitskalkulation, in der einzelne Kalkulationsansätze möglicherweise berichtigt wurden, ein Preisniveau abzuleiten, kann es auch für die Entschädigungsberechnung nicht richtig sein, die Mehrkosten mit den Ansätzen einer nach Auftragserteilung erstellten Arbeitskalkulation fortzuschreiben. Lediglich wenn die Arbeitskalkulation die betreffenden Positionen hinreichend aufgliedert und somit nachvollziehbare Ermittlungssysteme liefert, sollte auf die Arbeitskalkulation als Ermittlungssystem zurückgegriffen werden, wobei weiterhin die Anpassung an das vertraglich vereinbarte Preisniveau (dokumentiert z. B. durch die Angebotskalkulation) erfolgen muss.<sup>239</sup>

<sup>238</sup> Eine Preisanpassung, also eine Änderung des Preisniveaus, kommt auch für die Entschädigungsberechnung nur für die beim Vergütungsanspruch genannten Ausnahmen in Frage (siehe Kapitel 3.1.1).

<sup>239</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 428 ff., Rdn. 1055 ff.

Im vorliegenden Szenario ergibt sich für den Auftragnehmer durch die Umdisposition ein Kostenvorteil über die geplante Bauzeit von 1.960,00 € bzw. knapp 2 % gegenüber der ursprünglichen Planung, der als zusätzlicher Gewinn infolge seines geschickten unternehmerischen Handelns entsteht. Die geringeren Kosten durch die Umdisposition sind jedoch im Wesentlichen nur auf die gestaffelte Bereitstellung der vollständigen Krankkapazitäten und damit auf die kürzere Vorhaltezeit des zweiten Krans zurückzuführen. Die Kranleistung wurde also optimiert, da es infolge der Umdisposition zu keinen zeitlichen Verzögerungen kommt und der eine große Kran somit in den ersten zwei Wochen nicht ausgelastet gewesen wäre. Dadurch entstehen dem Auftragnehmer zwar über 14 Wochen lang etwas höhere zeitabhängige Kosten (6.380,00 €/Woche statt 6.080,00 €/Woche), in den beiden ersten Wochen der Vorhaltezeit fallen hingegen deutlich geringere Kosten an (siehe Abbildung 15).



**Abbildung 15:** Kostenverlauf für die geplanten und die tatsächlich eingesetzten Krankkapazitäten

Dem vor der Entscheidung zur Umdisposition durchgeführten Wirtschaftlichkeitsvergleich liegt die geplante, störungsfreie Bauzeit zugrunde. Tritt nun eine Störung im Zeitraum der höheren zeitabhängigen Krankkosten auf (6.380,00 €/Woche) und würde man lediglich das Preisniveau der ursprünglich geplanten zeitabhängigen Kosten ohne Berücksichtigung der differenzierten Vorhaltezeiten heranziehen, dann würde der Auftragnehmer einen Verlust von 300,00 €/Woche erleiden, der in Abhängigkeit von der Dauer des Verzugs den erhofften zusätzlichen Gewinn aufzehrt und im weiteren Verlauf darüber hinaus unkalkulierbar anwachsen könnte. Mit der Umdisposition der Krankkapazitäten würde der Auftragnehmer also ein Verlustrisiko in Kauf nehmen, auf das unter Umständen (z. B. bei einer unterlassenen

Obliegenheit) kein Einfluss genommen werden kann, obwohl der Preis für die Krankapazitäten bei ungestörtem Bauablauf durch die Umdisposition eigentlich sogar zu einem „sehr guten Preis“ wird.

Eine Betrachtung allein der zeitabhängigen Kosten würde in diesem Fall allerdings dazu führen, dass auch die etwas geringeren einmaligen Kosten, die ebenso in die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung eingeflossen sind, unberücksichtigt blieben.<sup>240</sup> Der über die geplante Bauzeit für den Auftragnehmer vorteilhafte Kostenverlauf der umdisponierten Krankapazitäten beruht zu einem geringen Teil auch auf diesen niedrigeren einmaligen Kosten. Die einmaligen Kosten sind in Abbildung 15 jeweils zusammen mit der ersten zeitabhängigen Zahlung in den Kurvenverlauf eingegangen. Bei einer Anpassung der kalkulatorischen Kostenansätze der tatsächlichen Ausführung an das vertragliche Preisniveau dürfen die unterschiedlichen einmaligen Kosten nicht unberücksichtigt bleiben, da sie den Kostenverlauf ebenfalls beeinflusst haben.

Maßgebend für die Bestimmung des Preisniveaus kann deshalb nur die vereinbarte Vergütung für die Bereitstellung der Krankapazitäten insgesamt sein. Hierfür wurden im Beispiel 101.080,00 € innerhalb der Baustellengemeinkosten angesetzt (siehe Tabelle 8); eine getrennte Vereinbarung zeitabhängiger und zeitunabhängiger Kosten ist nicht gegeben. Nur durch die Berücksichtigung der Vergütung für das Erbringen einer Leistung oder Bereitstellung der Kapazitäten insgesamt kann aus der dem Auftragnehmer zustehenden Dispositionsfreiheit kein Nachteil entstehen, da Änderungen in der Kostenstruktur durch Kostenkonzentration auf einen kürzeren Zeitraum oder Verschiebungen des Verhältnisses aus zeitabhängigen und zeitunabhängigen Kosten vollständig umfasst werden.

Auch bei einer getrennten Vereinbarung der Vergütung für zeitabhängige und zeitunabhängige Kosten für einzelne Leistungen/Kapazitäten darf die zugrunde liegende zeitliche Einsatzplanung nicht vernachlässigt werden. Beispielsweise könnte der Auftragnehmer ein moderneres Gerät mit höheren zeitabhängigen Kosten als geplant einsetzen. Durch die höhere Leistungsfähigkeit kann die Leistung aber schneller erbracht werden, so dass die zeitabhängigen Kosten nur über einen kürzeren Zeitraum als geplant anfallen und absolut betrachtet der tatsächliche Einsatz mit höheren zeitabhängigen Kosten nicht teurer wäre. Eine solche Detailänderung des Produktionsablaufs darf im Fall eines Annahmeverzugs des Auftraggebers nicht zum Nachteil für den Auftragnehmer werden, da ansonsten die Dispositionsfreiheit aufgrund des drohenden Verlustrisikos eingeschränkt ist.

Ein zusätzliches Risiko besteht für den Auftragnehmer allerdings, wenn das vereinbarte Preisniveau bei gleicher zeitlicher Einsatzplanung (bezogen auf die Angebots- bzw. Vertragskalkulation) insgesamt überschritten wird, weil mit geringeren Einkaufspreisen gerechnet wurde und/oder aus anbotstaktischen Gründen ein zu niedriger Preis vereinbart wurde. Auch in diesem Fall wäre das vereinbarte Preisniveau für die betroffene Leistung/

---

<sup>240</sup> Zur Erinnerung: Aus dem Wirtschaftlichkeitsvergleich (siehe Tabelle 8) ging hervor, dass für den großen Kran einmalige Kosten von 3.800,00 € eingeplant waren. Für die beiden kleinen Krane fallen lediglich 3.600,00 € an (je Kran 1.800,00 €).

Kapazität insgesamt maßgeblich. Es gilt die bereits genannte Regel „schlechter Preis bleibt schlechter Preis – guter Preis bleibt guter Preis“. Die Entschädigung orientiert sich immer an der vereinbarten Vergütung, nicht am tatsächlich entstandenen Schaden. Es wird somit deutlich, dass Informationen über die Einsatzplanung der Ressourcen als Bestandteil der Preisermittlungsgrundlage eine signifikante Bedeutung für die Berechnung einer Entschädigung haben.

Handelt es sich bei der unterlassenen Mitwirkungshandlung nur um eine Obliegenheit, dann hat der Auftragnehmer keine Möglichkeit diese Handlung zu erzwingen. Inwieweit sich der Auftragnehmer bei einer als Obliegenheit einzustufenden unterlassenen Mitwirkungshandlung quasi „machtlos“ einem aus einem „schlechten Preis“ resultierenden, nicht kalkulierbaren Risiko aussetzen muss, ist eine in dieser Arbeit nicht zu klärende rechtliche Frage. Der Auftragnehmer hat zwar nach § 643 BGB die Möglichkeit, den gesamten Vertrag wegen unterlassener Mitwirkung (nach angemessener Fristsetzung zur Nachholung der Handlung) zu kündigen. Im Fall einer Unterbrechung der Ausführung besteht darüber hinaus im VOB-Vertrag nach 3 Monaten für den Auftragnehmer die Möglichkeit der Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B. Dem Auftragnehmer steht somit aber nur die Kündigung des gesamten Vertrags zur Begrenzung des Risikos zur Verfügung. Der Auftraggeber hingegen kann grundsätzlich durch das Erbringen der Mitwirkungshandlung Einfluss auf die Dauer des Verzugs und damit die Entschädigungshöhe nehmen und somit gezielt höhere Entschädigungsansprüche infolge eines „guten Preises“ des Auftragnehmers begrenzen.

#### **4.3.4.2 Anpassung an das vertragliche Preisniveau**

Für die Berechnung der Entschädigung ist also der tatsächliche Kapazitätseinsatz mit den zugehörigen, dem vertraglichen Preisniveau angepassten kalkulatorischen Kostenansätzen heranzuziehen. Hierzu ist zunächst aus den Gesamtkosten für den geplanten Kapazitätseinsatz und den Gesamtkosten für den tatsächlichen Kapazitätseinsatz ein Preisniveaufaktor zu bilden. Anschließend sind die Kostenansätze der tatsächlichen Ausführung aus dem Wirtschaftlichkeitsvergleich (siehe Tabelle 8) – die aus interner Gerätekostenkalkulation und Anfrage bei einem Baugeräteverleiher stammen, mithin also aus nach Vergütungsmaßstäben heranzuziehenden Ermittlungssystemen – mit dem Preisniveaufaktor zu verrechnen, um das Preisniveau der vereinbarten Vergütung für den Einsatz der Kapazitäten laut Angebots- bzw. Vertragskalkulation zu erreichen. Die Ermittlung des Preisniveaufaktors und die angepassten Verrechnungssätze der tatsächlich eingesetzten Krankapazitäten sind in Tabelle 9 dargestellt.



**Bildung des Preisniveaufaktors f**

Gesamtkosten geplanter Kraneinsatz laut Angebotskalkulation: 101.080,00 € (= vereinbarter Vertragspreis)  
 Gesamtkosten tatsächlicher Kraneinsatz (Umdisposition): 99.120,00 €

$$f = \frac{\text{Gesamtkosten gepl. Kapazitätseinsatz}}{\text{Gesamtkosten tats. Kapazitätseinsatz}} = 1,02$$

**Anpassung der Kostenansätze der tatsächlichen Ausführung**

Krankapazität	Kostenansätze laut Ermittlungssystem	durch Preisniveaufaktor f angepasste Kostenansätze
Kran 1 (Eigengerät, klein) aus interner Gerätekostenkalkulation Transportkosten, Auf- und Abbau (pauschal) Vorhaltdauer	3.280,00 €/Woche 1.800,00 € 14,0 Wochen	3.345,00 €/Woche 1.836,00 € 14,0 Wochen
Kran 2 (Fremdgerät, klein) gemäß Angaben Baugeräteverleiher Transportkosten, Auf- und Abbau (pauschal) Vorhaltdauer	3.100,00 €/Woche 1.800,00 € 16,0 Wochen	3.161,00 €/Woche 1.836,00 € 16,0 Wochen
angepasste Gesamtkosten des alternativen Kraneinsatzes entsprechen vereinbartem Vertragspreis $14,0 \times 3.345,00 + 1.836,00 + 16,0 \times 3.161,00 + 1.836,00 = 101.078,00 \text{ €}^*$		

\* geringfügige Ungenauigkeit durch Rundung

**Tabelle 9:** Anpassung der Kostenansätze des tatsächlichen Kapazitätseinsatzes an das Vertragspreisniveau

Im Beispiel werden die Kostenansätze laut Ermittlungssystem durch den Preisniveaufaktor geringfügig erhöht. Der durch die Umdisposition der Krankapazitäten infolge des gestaffelten Einsatzes der Krane sowie die geringeren Transportkosten vom Auftragnehmer eingeplante zusätzliche Gewinn von 1.960,00 € wird also durch die Anpassung der Verrechnungssätze über einen für den Einsatz der Krankapazitäten insgesamt ermittelten Preisniveaufaktor in die Anpassung der Kalkulationsansätze mit einbezogen. Ein durch die Umdisposition einkalkulierter Verlust würde sich entsprechend in einer Verringerung der Kostenansätze niederschlagen.

Durch die Bestimmung des Preisniveaus für den Einsatz der Krankapazitäten insgesamt werden sowohl das geänderte Verhältnis zwischen zeitabhängigen und zeitunabhängigen Kosten als auch die geänderte zeitliche Einsatzplanung berücksichtigt. Mit Hilfe der in Tabelle 9 gezeigten Anpassung der Kostenansätze der tatsächlichen Ausführung steht somit eine Preisermittlungsgrundlage zur Verfügung, aus der sich für den tatsächlichen Kapazitätseinsatz bei ungestörtem Bauablauf die vereinbarte Vergütung ergibt und sich für die Entschädigungsberechnung nun auf kalkulatorischem Weg zeitabhängige Mehrkosten errechnen lassen.

### 4.3.5 Ersparte Aufwendungen

Von der zu bestimmenden Entschädigung, die sich aus den zeitabhängigen Kosten für die Vorhaltung der Krankapazitäten ergibt, sind ersparte Kosten für nicht durchzuführende Reparatur- und Wartungsarbeiten abzuziehen. Ebenso wie für die Ermittlung der Mehrkosten

als Bewertungsgrundlage eine dem vertraglichen Preisniveau angepasste Kalkulation der tatsächlichen Bauausführung heranzuziehen ist, muss auch für die Bewertung ersparter Aufwendungen der tatsächliche Kapazitätseinsatz zugrunde gelegt werden.

In Kapitel 3.3.3 wurde bereits erörtert, dass dem Auftraggeber ein ausreichender Einblick in die kalkulatorischen Grundlagen gewährt werden muss, damit ihm eine sachgerechte Einschätzung der korrekten Berücksichtigung ersparter Aufwendungen überhaupt möglich ist. Insbesondere hinsichtlich der Zusammensetzung der Baustellengemeinkosten benötigt der Auftraggeber weitergehende Informationen, da diese häufig in nur gering aufgeschlüsselter Form in der Vertragskalkulation vorliegen. Die Berechnung der ersparten Aufwendungen muss sich gemäß geltender Rechtsprechung nach dem tatsächlichen Kostenverlauf richten, ursprünglich kalkulatorisch angesetzte Kosten sind nur zu berücksichtigen, wenn sich keine Anhaltspunkte für einen anderen Kostenverlauf ergeben (siehe hierzu Kapitel 3.3.3.3).

Die Feststellung der tatsächlich ersparten Aufwendungen bedeutet für den Auftragnehmer ein Prognoserisiko, da ersparte Aufwendungen nicht angefallen sind, sondern erst in einer vorauszusagenden Höhe angefallen *wären*. In diesem Szenario sind innerhalb der zeitabhängigen Mehrkosten infolge der verlängerten Vorhaltung der Krankapazitäten Reparatur- und Wartungskosten enthalten, die bei einem Stillstand nicht in der geplanten Höhe anfallen. Da niemand bestimmen kann, welche Reparatur- und Wartungsarbeiten tatsächlich durchzuführen gewesen wären, ergeben sich keine belastbaren Anhaltspunkte für eine vom kalkulierten Kostenverlauf abweichende Ersparnis. Die ersparten Aufwendungen sind also nach den kalkulatorischen Werten anzusetzen, die durch eine nachträgliche und dem vertraglichen Preisniveau angepasste Kalkulation des tatsächlichen Kapazitätseinsatzes vorgegeben sind (siehe Kapitel 4.3.4.2).

Ohne weiteren Nachweis durch eine aufgeschlüsselte Gerätekostenkalkulation wird davon ausgegangen, dass der Reparaturkostenanteil für den eigenen kleinen Kran 800,00 €/Woche beträgt.<sup>241</sup> Auch der Anteil der Reparaturkosten ist nach dem Vertragspreisniveau zu bewerten, so dass sich angepasste Kosten von 816,00 €/Woche für Reparatur- und Wartung ergeben.<sup>242</sup> Für den eigenen kleinen Kran sind somit – entsprechend der vereinfachten Vorgehensweise wie in Szenario 1 – 80 % von 816,00 €/Woche als infolge des Stillstands nicht angefallene Reparatur- und Wartungskosten anzusetzen, d. h. also 653,00 €/Woche. Der zweite gemietete Kran wird durch den Auftragnehmer zu einem Komplettpreis, inklusive Reparatur und Wartung, gemietet. Da die Dauer der Unterbrechung nicht bekannt ist, wird der gemietete Kran nicht zurückgegeben, so dass für den Kran 2 keine Kosten erspart werden.

Der angepasste kalkulatorische Verrechnungssatz für die tatsächlich eingesetzten Krankapazitäten ist in diesem Fall also für die Bewertung ersparter Aufwendungen

---

<sup>241</sup> Dieser Nachweis, beispielsweise durch ein ausgefülltes Baugerätekostenblatt wie in Abbildung 10, müsste im Sinne einer nachprüfbaren Berechnung der ersparten Aufwendungen erbracht und dem Auftraggeber vorgelegt werden. Zur besseren Übersichtlichkeit des Szenarios wird auf eine aufgeschlüsselte Darstellung der Gerätekosten des eigenen kleinen Krans verzichtet.

<sup>242</sup> Die Anpassung der Reparatur- und Wartungskosten erfolgt ebenfalls mit dem in Tabelle 9 ermittelten Preisniveaufaktor  $f = 1,02$ .

ausreichend, da hiervon abweichende tatsächliche Reparaturkosten nicht bestimmt werden können. Ein Abzug der in Szenario 1 angesetzten ersparten Kosten von 1.266,00 €/Woche wäre inakzeptabel, da die tatsächliche Ausführung völlig unberücksichtigt bliebe und eine Bewertung eines fiktiven Bauablaufs durchgeführt würde (insofern sprechen hiergegen die gleichen Argumente, die auch zur Ablehnung des Äquivalenzkostenverfahrens beim Schadensnachweis führen).

Ein weiteres Problem bei der Berechnung ersparter Aufwendungen besteht darin, dass in Szenario 1 für den eigenen großen Kran 1.266,00 €/Woche als ersparte Reparaturkosten anzusetzen waren, in Szenario 2 hingegen nun lediglich 653,00 €/Woche als ersparte Kosten angerechnet werden müssen, da nur ein kleiner eigener Kran eingesetzt wird und für den gemieteten Kran keine Kosten erspart werden können. Aufgrund der Umdisposition werden also in Szenario 2 für die betrachteten Krankapazitäten 613,00 €/Woche weniger erspart, so dass die als Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers ermittelnden Mehrkosten entsprechend höher ausfallen. Hätte der Auftragnehmer beide kleinen Krane gemietet, wären keinerlei Kosten zu ersparen gewesen.

Ohne auf die rechtlichen Aspekte näher eingehen zu können, muss festgestellt werden, dass hierin ein erhebliches Streitpotenzial liegt. Der Auftraggeber wird versuchen, sich dagegen zu wehren, dass durch eine nach Vertragsschluss erfolgte Änderung der Ausführung der Entschädigungsanspruch weniger oder gar nicht gemindert werden kann, nur weil der Auftragnehmer seine ihm zustehende Dispositionsfreiheit genutzt hat. Allerdings müssen dem Auftraggeber entsprechende Details des Produktionsablaufs und der Kalkulation vor und nach Vertragsschluss vorliegen, damit er beide Situationen miteinander vergleichen kann. Da der Auftraggeber diesbezüglich in der Regel ein Informationsdefizit hat, wird ihm unter Umständen nicht bewusst sein, dass infolge der Umdisposition weniger Aufwendungen erspart werden können. Unter Umständen ist aber auch erst infolge der Umdisposition ein anderweitiger Erwerb möglich (wie in Szenario 3 dargestellt wird). Da der Auftraggeber hiervon ebenso profitiert muss der Sachverhalt also im Einzelfall beurteilt werden.

#### **4.3.6 Ergebnisse für Szenario 2**

Die Umdisposition der Krankapazitäten in Szenario 2 wird durch den detaillierten Nachweis des kausalen Zusammenhangs zwischen der Behinderung und den betroffenen Leistungen bzw. Kapazitäten für die Ermittlung des Annahmeverzugs und der weiteren Auswirkungen berücksichtigt. Für die Bewertung der Entschädigungshöhe sind folgende, tatsächlich angefallenen Zeiträume zu betrachten:

- Unterbrechung der Bauausführung: 5 Wochen
- zusätzliche Vorhaltedauer Kran 1: 5 Wochen
- zusätzliche Vorhaltedauer Kran 2: 5 Wochen

Die Bildung einer Differenz zwischen geplanter Vorhaltedauer des großen Krans und der tatsächlichen Vorhaltedauer der zwei Krane würde die Anforderungen an eine bauablaufbezogene Darstellung nicht erfüllen. Vielmehr muss der kausale Zusammenhang zwischen der Unterbrechung der Arbeiten und der zusätzlichen Vorhaltedauer jeweils für beide Krane hergestellt werden. Daher muss beispielsweise auf Bautagesberichte o. Ä. zurückgegriffen werden, die den unproduktiven Einsatz der Krankapazitäten belegen. Auf Basis dieser greifbaren Anhaltspunkte kann dann eine geeignete Schätzung erfolgen, bei der zu bewerten ist, ob sich die Einsatzzeiten jedes Krans explizit aufgrund dieser Störung jeweils um 5 Wochen verlängerten.

Die zeitabhängigen Verrechnungssätze für die Vorhaltung der Krankapazitäten in Höhe von 3.345,00 €/Woche und 3.161,00 €/Woche können der nachträglich dargelegten, dem Vertragspreinsniveau angepassten Kalkulation der tatsächlichen Ausführung mit zwei Kranen entnommen werden. Diese Verrechnungssätze berücksichtigen den vom Auftragnehmer für den ungestörten Bauablauf geplanten Kapazitätseinsatz und müssen demzufolge in dieser Höhe auch für eine verlängerte Vorhaltung der Kapazitäten herangezogen werden. In Tabelle 10 ist der tabellarischen Berechnung der Entschädigung aus Kapitel 4.2.8 (Szenario 1) die Berechnung für das Szenario 2 hinzugefügt, so dass die Entschädigungshöhe aus Szenario 2 mit der aus Szenario 1 verglichen werden kann.

Szenarien	Kosten pro Woche	Mehrkosten für die 5-wöchige Unterbrechung
<u>Szenario 1</u>		
direkte Mehrkosten	6.080,00 €/Woche	30.400,00 €
./. ersparte Aufwendungen	1.266,00 €/Woche	6.330,00 €
<b>Entschädigungshöhe</b>		<b>24.070,00 €</b>
<u>Szenario 2</u>		
direkte Mehrkosten Kran 1	3.345,00 €/Woche	16.725,00 €
direkte Mehrkosten Kran 2	3.161,00 €/Woche	15.805,00 €
Summe direkter Mehrkosten	6.506,00 €/Woche	32.530,00 €
./. ersparte Aufwendungen	653,00 €/Woche	3.265,00 €
<b>Entschädigungshöhe</b>		<b>29.265,00 €</b>
Δ Entschädigung (Szenario 1 und 2)		5.195,00 €

**Tabelle 10:** Entschädigung der direkten Mehrkosten für die Krankapazitäten (Szenario 1 und 2)

Als ersparte Aufwendungen sind nicht angefallene Reparatur- und Wartungskosten für den eigenen kleinen Kran in Höhe von 653,00 €/Woche entschädigungsmindernd anzusetzen. Für den gemieteten Kran können keine Kosten erspart werden. Die Entschädigungshöhe für die direkten Mehrkosten der Krankapazitäten beträgt somit 6.506,00 €/Woche abzüglich 653,00 €/Woche ersparter Kosten, also 5.853,00 €/Woche bzw. 29.265,00 € für die gesamte 5-wöchige Unterbrechung. Die Entschädigungshöhe in Szenario 1 (siehe Kapitel 4.2.8) betrug

insgesamt 24.070,00 €, also 5.195,00 € weniger. Dies resultiert aus der Umdisposition und den damit verbundenen höheren zeitabhängigen Kosten für den Einsatz der zwei kleinen Krane sowie den niedrigeren zu ersparenden Kostenanteilen für nur einen kleinen Kran.

#### **4.4 Szenario 3: Unterbrechung des Bauablaufs, geänderte Krankapazitäten, anderweitiger Erwerb möglich**

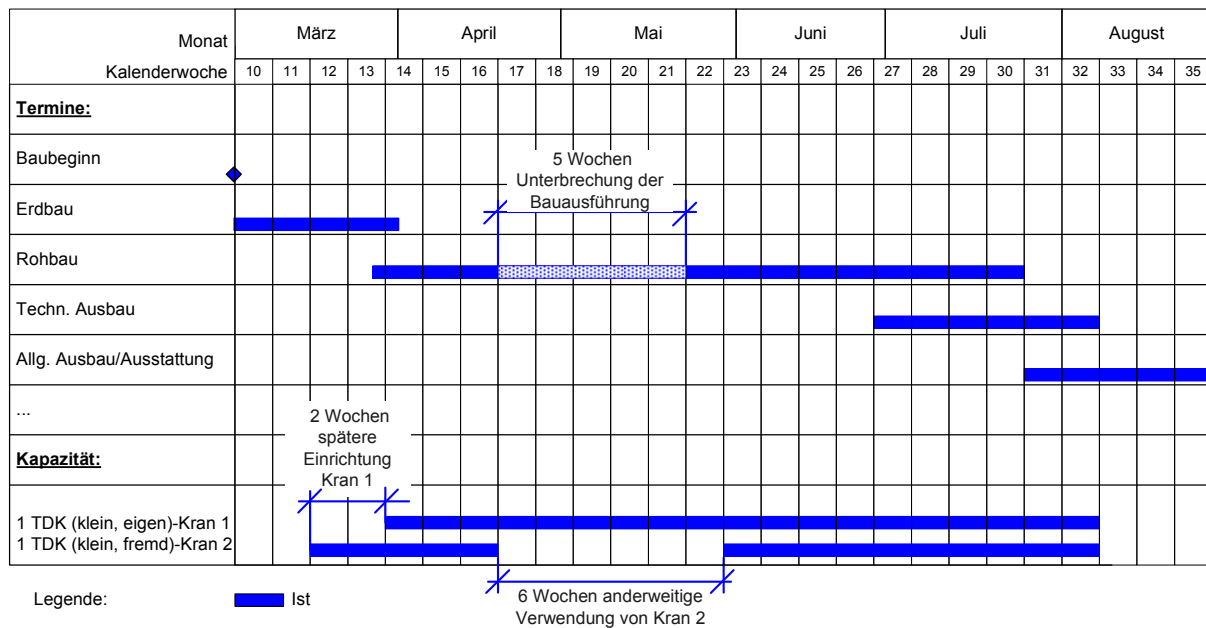
In Szenario 3 wird grundsätzlich von dergleichen Situation wie in Szenario 2 ausgegangen, d. h., aufgrund einer auftragnehmerseitigen Umdisposition wird die Leistung nicht mit den in der Angebots- und Vertragskalkulation vorgesehenen Krankapazitäten ausgeführt. In diesem Szenario kann der zweite, gemietete Kran allerdings anderweitig eingesetzt werden. Im Mittelpunkt der zu betrachtenden Problemfelder stehen daher die Auswirkungen des anderweitigen Einsatzes auf die Ermittlung der Dauer des Verzugs sowie grundsätzliche Aspekte hinsichtlich der Bewertung anderweitigen Erwerbs.

##### **4.4.1 Tatsächlicher Bauablauf**

Wie im vorangegangenen Szenario erfolgt also auch in Szenario 3 die Ausführung mit zwei kleinen Kranen anstelle des geplanten großen Krans. Weiterhin gilt als Störungsereignis eine vom Auftraggeber unterlassene Mitwirkungshandlung, in deren Folge es zu einem auftraggeberseitigen Annahmeverzug zu Beginn der 17. Kalenderwoche kommt und sämtliche Arbeiten auf der Baustelle für einen Zeitraum von 5 Wochen vollständig eingestellt werden. Nach Beendigung des Annahmeverzugs verlaufen die anschließenden Aktivitäten wieder plangemäß, weitere Produktivitätsminderungen beispielsweise aus Wiederanlaufverlusten werden auch in diesem Szenario nicht berücksichtigt.

Zusätzlich wird nun jedoch davon ausgegangen, dass zu Beginn des Annahmeverzugs die Dauer der Unterbrechung absehbar ist, z. B. weil der Auftraggeber mitteilt, dass eine notwendige Teilbaugenehmigung nicht vor Ablauf der 21. Kalenderwoche vorliegen wird. Den eigenen kleinen Kran 1 hält der Unternehmer während der Unterbrechung der Bauausführung auf der Baustelle vor, ein anderweitiger Einsatz ist nicht möglich. Der andere, für die Baumaßnahme gemietete kleine Kran 2 wird vom Auftragnehmer abgezogen und kann anderweitig auf einer weiteren Baustelle eingesetzt werden (angenommen wird, dass eine kurzfristige und nur zeitweilige Rückgabe des Krans nicht möglich ist). Auf dieser anderen Baustelle kann der zum Preis von 3.100,00 €/Woche gemietete Kran 2 zudem mit einem um 150,00 €/Woche höheren Verrechnungssatz abgerechnet werden, d. h. mit 3.250,00 € pro Woche.

Der tatsächliche Bauablauf (Ist-Terminplan) und der tatsächliche Kapazitätseinsatz (Ist-Kapazitätsplan) sind der folgenden Abbildung zu entnehmen.



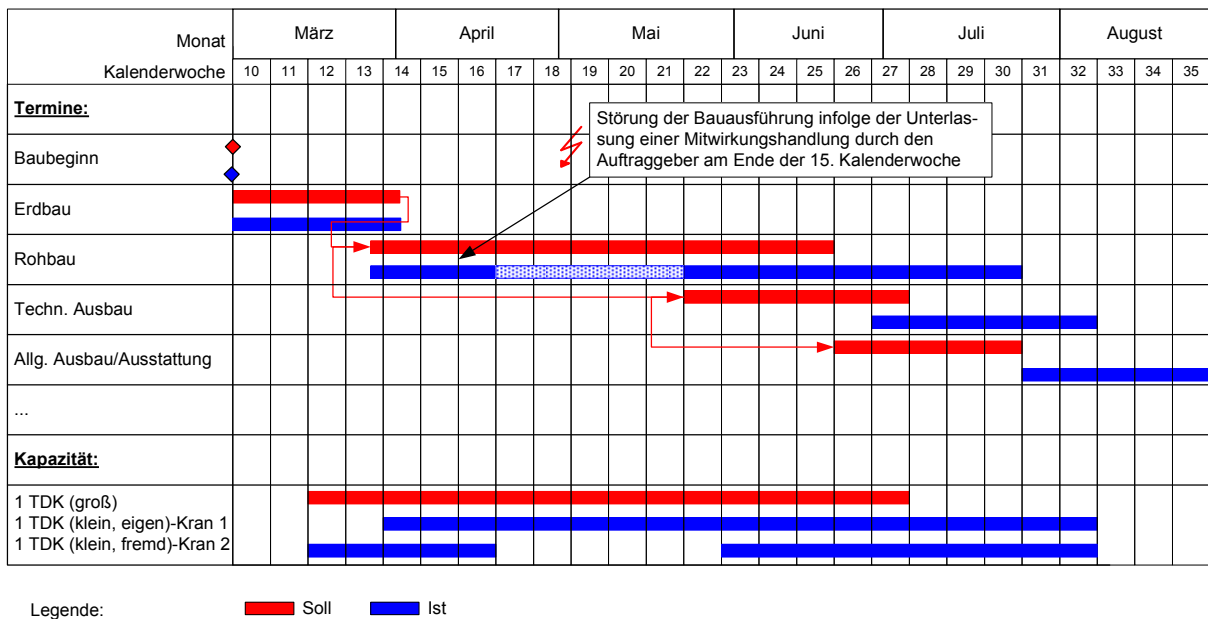
**Abbildung 16:** Tatsächliche Termine und Kapazitäten (Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 3

Kran 2 steht auf der betrachteten Baustelle erst zu Beginn der 23. Kalenderwoche wieder zur Verfügung, also 1 Woche nach Ende der Unterbrechung, da der Auftragnehmer den Kran 6 Wochen lang anderweitig einsetzt. Es wird angenommen, dass diese verzögerte Wiederbereitstellung des Krans nicht zu weiteren Verzögerungen der Rohbauarbeiten oder Verschiebungen späterer Vorgänge führt, d. h. dass der Auftragnehmer durch Ausnutzung von Pufferzeiten und Umdispositionen bei Wiederaufnahme der Arbeiten die einwöchige Unterversorgung der Baustelle hinsichtlich der Krankapazitäten bis zum Ende der Arbeiten des technischen Ausbaus ausgleichen kann.

Der anderweitige Einsatz eines Krans ist in der Praxis ein Sonderfall, der nur unter bestimmten Bedingungen (vollständige Unterbrechung, Dauer der Unterbrechung bekannt, verhältnismäßig geringer Aufwand für Kranauf- und -abbau) vorzufinden ist. Es lassen sich allerdings im Zusammenhang mit den vorangegangenen Szenarien hieran einige spezielle Probleme des anderweitigen Erwerbs insbesondere für Bestandteile der Baustellen-gemeinkosten erläutern, ohne das Beispiel auf weitere Leistungen und Kapazitäten ausweiten zu müssen. Grundsätzlich ist eine sinngemäße Übertragung der Probleme auf andere Leistungen und Kapazitäten möglich, wie z. B. auf Personal, das deutlich flexibler anderweitig eingesetzt werden kann.

#### 4.4.2 Zeitliche Auswirkungen der Störung

Die Auswirkungen der Störung auf die Terminplanung sind identisch mit denen aus Szenario 2. Wie die Gegenüberstellung der Soll- und Ist-Ablaufplanung (Abbildung 17) zeigt, verlängern sich die Arbeiten am Rohbau, verschieben sich die späteren Ausbauarbeiten und erhöht sich entsprechend die Gesamtbauzeit jeweils um den Zeitraum der Unterbrechung von 5 Wochen.



**Abbildung 17:** Gegenüberstellung der geplanten und tatsächlichen Termine und Kapazitäten (Soll/Ist-Termin- und Kapazitätsplan) für Szenario 3

Zusätzlich zu den Verlängerungen bzw. Verschiebungen der einzelnen Aktivitäten ergibt sich aus der Störung eine geänderte Vorhaltezeit der verwendeten Kapazitäten, die wie in Szenario 2 von den geplanten Kapazitäten abweichen. Kran 1, der von Beginn der 14. Kalenderwoche bis zum Ende der 27. Kalenderwoche insgesamt 14 Wochen vorgehalten werden sollte, wird tatsächlich 19 Wochen eingesetzt. Kran 2, der von Beginn der 12. Kalenderwoche bis zum Ende der 27. Kalenderwoche insgesamt 16 Wochen vorgehalten werden sollte, wird tatsächlich nur 15 Wochen auf dieser Baustelle eingesetzt, da er zwischenzeitlich 6 Wochen anderweitig eingesetzt werden kann.

In diesem Szenario wird deutlich, dass auch für die Bewertung des anderweitigen Einsatzes von Kapazitäten eine bauablaufbezogene Untersuchung des *tatsächlichen* Baugeschehens notwendig ist, da ansonsten der Einfluss eines zeitweiligen, anderweitigen Einsatzes auf die Vorhaltedauer einzelner tatsächlich eingesetzter Kapazitäten nicht korrekt bewertet werden kann. Insbesondere der um eine Woche länger als der Annahmeverzug andauernde anderweitige Einsatz von Kran 2 wirft einige zu diskutierende Probleme auf. Da der anderweitige Einsatz eines Krans die Entschädigungshöhe deutlich abmindert, der Annahmeverzug aber eigentlich nach 5 Wochen beendet ist, besteht über die Dauer des für den anderweitigen Erwerb anzusetzenden Zeitraums zwischen den Vertragsparteien unter Umständen erhebliches Streitpotenzial.

#### 4.4.3 Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers

Voraussetzung für einen Annahmeverzug des Auftraggebers ist, dass der Auftragnehmer leisten darf, zur Leistungserbringung bereit ist und dem Auftraggeber die Leistung entsprechend anbietet, dieser die Leistung jedoch nicht annehmen kann. Inwieweit der Auftragnehmer auch während des Annahmeverzugs seine Leistungsbereitschaft aufrechterhalten

muss, ist durch die Vertragsparteien individuell zu klären. Fordert der Auftraggeber beispielsweise trotz seines Annahmeverzugs explizit eine ständige uneingeschränkte Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers („Stand-by“), dann ist der anderweitige Einsatz der Kapazitäten durch den Auftragnehmer praktisch unmöglich. Die gegebenenfalls anderweitig eingesetzten Kapazitäten können meist nicht nach Belieben und sofort von einer Ersatzbaustelle abgezogen werden, ohne dass sich der Auftragnehmer seitens der Ersatzbaustelle dem Vorwurf aussetzt, nicht vertragsgemäß den Leistungsfortschritt zu fördern, oder dass das Risiko selbst verschuldeter Produktivitätsminderungen besteht.

Wird durch den Auftraggeber keine ständige Leistungsbereitschaft gefordert, sondern ist vielmehr – wie im vorliegenden Szenario – bereits bei Eintreten des Annahmeverzugs die zu erwartende Unterbrechungsdauer bekannt, dann erwartet der Auftraggeber zu Recht, dass Kapazitäten, wenn irgend möglich, anderweitig eingesetzt werden. Dies spiegelt sich auch in dem Verzicht auf die Böswilligkeit des Unterlassens anderweitigen Erwerbs in § 642 BGB wider (siehe Ausführungen in Kapitel 3.3.4). Ein kooperatives Verhalten der Vertragspartner sollte jedoch auch eine Abstimmung vorsehen, welche Frist dem Auftragnehmer zugestanden wird, um die Kapazitäten vom anderweitigen Einsatz wieder zurückzuführen und mit welchen zeitlichen Wiederanlaufverlusten daher zu rechnen ist.

In der Praxis gibt es häufig weder die ausdrückliche Forderung der permanenten kurzfristigen Leistungsbereitschaft noch eine detaillierte Abstimmung über den Umgang mit Wiederanlaufverlusten. Auftraggeber gehen in der Regel davon aus, dass die Arbeiten trotz anderweitigen Einsatzes einzelner Kapazitäten unverzüglich nach Wegfall der behindernden Umstände wieder aufgenommen werden können, während Auftragnehmer auf eine bestimmte Vorlaufzeit bis zum Erreichen der ursprünglichen Produktivität beharren, die entsprechend fristverlängernd zu berücksichtigen ist.

Eine allgemein gültige Regelung kann für dieses Problem nicht aufgestellt werden. Es kommt im Einzelfall darauf an, was die Vertragsparteien hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Leistungsbereitschaft und eventueller Wiederanlaufverluste miteinander vereinbart haben, wie groß der Zeitbedarf nach dem Ende des Annahmeverzugs tatsächlich ist, um die volle Kapazitätsausstattung wieder zu erreichen und ob es sich um kurzfristig disponible Personalkapazitäten oder mit höherem Aufwand verbundenen anderweitigen Einsatz von Gerätekapazitäten handelt. Es ist davon auszugehen, dass die kurzfristige Wiederherstellung der vollständigen Leistungsbereitschaft umso schwieriger wird, je umfangreicher Kapazitäten anderweitig eingesetzt werden können.

#### **4.4.4 Identifizierung und Nachweis anderweitigen Erwerbs**

Wie bereits in Kapitel 3.3.4.1 dargelegt, wird in der Literatur im Zusammenhang mit der Berücksichtigung anderweitigen Erwerbs bei der freien Kündigung nach § 649 BGB die Meinung vertreten, dass als Möglichkeit des anderweitigen Erwerbs nur Aufträge als so genannte „Füllaufträge“ in Betracht zu ziehen seien, die ausschließlich für die von einer



Störung betroffenen Kapazitäten akquiriert werden.<sup>243</sup> Gegenüber der freien Kündigung ist für den anderweitigen Erwerb bei der Entschädigung jedoch der entscheidende Unterschied zu beachten, dass für die freigewordenen Kapazitäten lediglich ein temporärer anderweitiger Einsatz in Betracht kommt. Daher wurde bereits ausführlich in Kapitel 3 erörtert, dass anderweitiger Erwerb bei der Entschädigungsberechnung nicht nur auf reine „Füllaufträge“ beschränkt bleiben kann.

Dem Grundgedanken folgend, dass der Auftragnehmer nicht besser oder schlechter gestellt werden soll als ohne Kündigung bzw. hier Störung, muss jede anderweitige Verwendung der tatsächlichen Kapazitäten berücksichtigt werden, durch den sich für den Auftragnehmer ein zusätzlicher wirtschaftlicher Nutzen ergibt, der nicht vorgelegen hätte, wenn es nicht zur Störung gekommen wäre. Werden vom Auftragnehmer während der Unterbrechung Kapazitäten wie der im Beispiel betrachtete Kran oder auch Personal von der gestörten Baustelle abgezogen, jedoch nicht als ersparte Aufwendungen oder anderweitiger Erwerb berücksichtigt, dann sind entweder die ungenutzten Kapazitäten nachzuweisen oder es ist eine anderweitige Verwendung zumindest teilweise anzurechnen. Zumal es nach geltender Rechtsprechung dem Auftragnehmer auch zugemutet werden kann, infolge einer Kündigung bzw. Störung später anfallende Arbeiten vorzuziehen und als anderweitigen Erwerb anzusetzen.<sup>244</sup>

Im Gegensatz zur Ermittlung der vereinbarten Vergütung nach freier Kündigung durch den Auftraggeber nach § 649 BGB bzw. § 8 Nr. 1 VOB/B kommt es bei der Ermittlung anderweitigen Erwerbs bei der Entschädigung darüber hinaus nicht auf ein böswilliges Unterlassen an. In der rechtlichen Literatur wird hieraus abgeleitet, dass *jeder* mögliche anderweitige Erwerb anzurechnen sei und dem Auftragnehmer sogar Arbeiten unter seinen Selbstkosten zuzumuten seien, um die Entschädigungshöhe zu minimieren.<sup>245</sup>

Da durch die Anrechnung des anderweitigen Erwerbs die Entschädigungshöhe unter Umständen erheblich gemindert wird – in diesem Szenario kann die Hälfte der Krankapazitäten anderweitig eingesetzt werden – ist genauestens darauf zu achten, dass die anderweitig eingesetzten Kapazitäten mit einem wirklichen Zusatznutzen eingesetzt werden, d. h., es muss auch wirklich Ersatz für die Aufwendungen der gestörten Baustelle erwirtschaftet werden. Ein solcher zusätzlicher Nutzen kann mitunter schwer nachzuweisen sein, da sich ein Mehrwert beispielsweise durch eine bloße Erhöhung der Personal- oder Gerätekapazitäten auf einer anderen Baustelle nur indirekt oder mit zeitlicher Verzögerung und wiederum erst durch eine detaillierte Bauablaufanalyse für die Ersatzbaustelle nachweisen ließe. Darüber hinaus kann es durch die Bereitstellung zusätzlicher Kapazitäten auf einer ausreichend versorgten Baustelle sogar zu Produktivitätsminderungen und in der Folge zu Verlusten kommen, weil die Arbeitsabläufe nicht mehr in der geplanten und optimierten Form ablaufen können (siehe Kapitel 4.4.6.2).

<sup>243</sup> Vgl. Kniffka (2006), § 649, Rdn. 86. ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1797, Rdn. 66 f. ; Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 952, Rdn. 46 f.

<sup>244</sup> Vgl. Palandt (2006), S. 990, § 649 Rdn. 6 ; Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 652.

<sup>245</sup> Vgl. Staudinger/Peters (2003), S. 619 f. ; Boldt (2006), S. 198 f.

Für die Darlegung, ob und in welcher Höhe anderweitiger Erwerb anzusetzen ist, reicht es aus, „wenn sich der Auftragnehmer dazu wahrheitsgemäß, nachvollziehbar und ohne Widerspruch zu den Vertragsumständen ausdrücklich oder auch konkludent erklärt.“<sup>246</sup> Dabei wird vom Auftragnehmer gefordert, dass er, ohne seine gesamte Auftrags- und Geschäftsstruktur offenbaren zu müssen, umso ausführlicher Stellung nimmt, je wahrscheinlicher anderweitiger Erwerb möglich war. Die bloße Behauptung, ein anderweitiger Erwerb sei nicht möglich gewesen, entbindet den Auftragnehmer nicht davon, prüffähig darzulegen, aus welchen Gründen ein anderweitiger Einsatz der Kapazitäten unmöglich war. Gleichwohl wird dem Auftraggeber – ohne weit reichende Einblicke in die unternehmensinterne Auftragsplanung, die der Auftragnehmer nicht gewähren wird – nur schwer der Nachweis gelingen, dass doch eine Möglichkeit der anderweitigen Verwendung der Arbeitskraft bestand.

Der Auftragnehmer hat hier wie bei den ersparten Aufwendungen (siehe Kapitel 3.3.3) eine erhöhte Darlegungslast, da nur er in der Lage ist zum anderweitigen Einsatz seiner Kapazitäten vorzutragen. Erfüllt der Auftragnehmer diese Nachweispflicht, ist es allerdings Sache des Auftraggebers darzulegen und zu beweisen, dass ein höherer anderweitiger Erwerb anzurechnen ist als der Auftragnehmer angibt.<sup>247</sup> Die Prüffähigkeit des Nachweises anderweitigen Erwerbs ist für den Auftraggeber daher sehr wichtig. Auftraggeber können den anderweitigen Einsatz von Personal- und Gerätekapazitäten aber zumeist nur sehr eingeschränkt beurteilen, da sie allenfalls deren Abzug von der gestörten Baumaßnahme feststellen, jedoch nicht die alternative Verwendung überprüfen können. Die Verrechnungssätze für die Personal- und Gerätekapazitäten bei dem anderweitigen Einsatz sind dem Auftraggeber nicht zugänglich, da diese Bestandteile anderer Vertragsverhältnisse sind.

Im dargestellten Beispielszenario kann Kran 2 unmittelbar nach Eintritt des Annahmeverzugs auf einer anderen, bereits akquirierten Baustelle eingesetzt werden. Dies ist durch den Abzug eines Krans offensichtlich und auch unstrittig, obwohl der Kran erst eine Woche nach Ende des Annahmeverzugs wieder auf der gestörten Baustelle zur Verfügung steht (hierauf wird im folgenden Kapitel näher eingegangen).<sup>248</sup> Der anderweitige Einsatz eines Teils der Krankapazitäten ist erst durch die Umdisposition des Auftragnehmers möglich geworden, da der ursprünglich vorgesehene eine große Kran nicht anderweitig hätte eingesetzt werden können. Es wird angenommen, dass durch den anderweitigen Einsatz des Krans 2 auch tatsächlich ein zusätzlicher wirtschaftlicher Nutzen für den Auftragnehmer entsteht, beispielsweise, weil die Produktivität auf der Ersatzbaustelle u. a. durch diese Maßnahme signifikant erhöht werden kann und so Terminverzögerungen aufgeholt werden. Die anzu-

<sup>246</sup> Kniffka/Koeble (2004), S. 452.

<sup>247</sup> Vgl. auch BGH-Urteil vom 21.12.1995 (VII ZR 198/94), BGH-Urteil vom 11.02.1999 (VII ZR 399/97) und BGH-Urteil vom 21.12.2000 (VII ZR 467/99).

<sup>248</sup> Bei den im Beispiel genannten Krankapazitäten ist ein längerer anderweitiger Einsatz relativ offensichtlich, bei Personalkapazitäten fällt dies jedoch deutlich weniger auf, zumal eine Kapazitätsplanung in der Regel nicht vereinbart wird und Schwankungen der eingesetzten Arbeitskräftezahl – in gewissen Grenzen – in der Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers liegen, sofern hier nichts vereinbart wurde. Insofern ist dem Auftraggeber möglicherweise nach Ende des Annahmeverzugs nicht einmal bewusst, dass die Leistungsbereitschaft nicht in voller Höhe wie vor dem Annahmeverzug auf der Baustelle zur Verfügung steht.

setzende Dauer und die Höhe des anderweitigen Erwerbs hat der Auftragnehmer für den Auftraggeber prüffähig darzulegen.

#### **4.4.5 Anzusetzender Zeitraum für den anderweitigen Erwerb**

Der Soll-/Ist-Vergleich zeigt, dass die Vorhaltedauer von Kran 2 durch den um eine Woche länger als die Unterbrechung dauernden Einsatz auf einer Ersatzbaustelle um eine Woche verringert wurde. Damit stellt sich die Frage nach dem Bewertungszeitraum, der für die Ermittlung der Höhe des anderweitigen Erwerbs anzusetzen ist, also ob der gesamte 6-wöchige anderweitige Erwerb oder lediglich der anderweitige Erwerb während der 5-wöchigen Unterbrechung anzurechnen ist.

Ein längerer Einsatz der Kapazität auf der Ersatzbaustelle kann mehrere Gründe haben. Werden Kapazitäten anderweitig eingesetzt, besteht grundsätzlich das Problem, dass sie von ihrem anderweitigen Einsatz unter Umständen nicht sofort wieder abgezogen werden können, wenn die Mitwirkungshandlung auf der gestörten Baustelle erbracht ist und der Fortsetzung der Leistungserstellung nichts mehr entgegen steht. Ein gewisser Zeitraum zur Rückführung der Kapazitäten und zur Wiederaufnahme der Arbeiten sollte zwischen den Vertragsparteien daher vereinbart werden (siehe auch bereits Kapitel 4.4.3).

Eine bestimmte Einsatzdauer auf der Ersatzbaustelle kann Voraussetzung dafür sein, dass der anderweitige Erwerb überhaupt erst möglich wird, beispielsweise weil eine kürzere Einsatzdauer wirtschaftlich nicht sinnvoll ist oder zu erheblichen Mehrkosten auf der Ersatzbaustelle führt. In diesem Fall ist vor der Einleitung des anderweitigen Einsatzes zur späteren Streitvermeidung eine Absprache zwischen den Vertragsparteien erforderlich, ob die Kapazitäten trotzdem anderweitig eingesetzt werden und wie mit der daraus resultierenden weiteren zeitlichen Verzögerung auf der gestörten Baustelle umzugehen ist, da die Kapazitäten nach Beendigung des Annahmeverzugs nicht in voller Leistungsstärke zur Verfügung stehen.

Es ist aber auch möglich, dass der Auftragnehmer Kapazitäten eigenverantwortlich im Rahmen seiner Dispositionsfreiheit länger auf einer Ersatzbaustelle einsetzt, als diese eigentlich auf der gestörten Baustelle nicht benötigt werden, weil sie beispielsweise auf der Ersatzbaustelle lukrativ eingesetzt werden können und der Auftragnehmer abschätzt, dass eine kurzfristige Kapazitätsverringerung auf der gestörten Baustelle durch Ausnutzung (versteckter) Pufferzeiten oder spätere Mehrarbeit ausgeglichen werden kann. Der Auftragnehmer sichert sich auf diese Weise zwar einen zusätzlichen Gewinn, da er während des über den Zeitraum der Unterbrechung hinausgehenden anderweitigen Einsatzes zusätzlich zur vertragsgemäßen Vergütung auf der gestörten Baustelle für den Kran eine Woche lang einen Erlös aus dem anderweitigen Einsatz erzielt, der in diesem Fall nicht anspruchsmindernd angerechnet wird. Gleichzeitig besteht aber das Risiko, dass die Kapazitätsverringerung doch nicht in der erhofften Art und Weise ausgeglichen werden kann und der Auftragnehmer eine daraus resultierende Überschreitung von Vertragsfristen und gegebenenfalls entstehende Mehrkosten zu verantworten hat.

Hinsichtlich des für einen anderweitigen Erwerb heranzuziehenden Zeitraums kommt es also auf die individuelle Absprache zwischen den Vertragsparteien im Einzelfall an. Akzeptiert der Auftraggeber beispielsweise, dass eine kürzere anderweitige Verwendung nicht möglich oder eine gewisse Frist zur Rückführung der Kapazitäten erforderlich ist, dann heißt dies im vorliegenden Szenario, dass als Zeitraum zwar der 6-wöchige anderweitige Erwerb anzusetzen ist. Gleichzeitig kann der Auftragnehmer aber auch über die 5-wöchige Unterbrechung hinaus als weitere zeitliche Auswirkung der Störung eine Woche mit verminderter Produktivität geltend machen und dies entsprechend in der Ermittlung der Dauer des Verzugs für die Ermittlung der störungsbedingten direkten Mehrkosten berücksichtigen.

Hat der Auftragnehmer hingegen die verlängerte anderweitige Verwendung aufgrund seiner Dispositionsfreiheit bezüglich der Kapazitäten selbständig entschieden und können auch nachträglich keine Argumente vorgebracht werden, dass der längere anderweitige Einsatz zwingend mit der Störung in Zusammenhang stand, dann muss sich der Auftragnehmer zwar nur 5 Wochen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen. Gleichzeitig trägt er aber auch das Risiko, dass durch die 1-wöchige Kapazitätsunterdeckung Vertragstermine nicht eingehalten werden können. Eine Fristverlängerung über die Dauer der Unterbrechung hinaus ist somit nicht zu begründen. Dieser Fall ist mit der Situation vergleichbar, dass der Auftragnehmer während des *ungestörten* Bauablaufs zeitweilig Kapazitäten (z. B. Personal) abzieht, weil sie temporär anderweitig benötigt werden und er glaubt, dass die geringere Kapazitätsausstattung der Baustelle nicht zu einer Überschreitung von Vertragsterminen führen wird, also Leistungsreserven oder versteckte Pufferzeiten genutzt werden können.

Im vorliegenden Beispielszenario hat der Auftraggeber die erforderliche Mitwirkungshandlung bis zum Ende der 21. Kalenderwoche erbracht. Somit stand einer Fortführung der Arbeiten ab der 22. Kalenderwoche nichts mehr im Weg. Darüber hinaus wurden keine weiteren Absprachen bezüglich benötigter Vorlaufzeiten zur Rückführung des Krans oder zu Wiederanlaufverlusten und damit Produktivitätsminderungen nach dem Ende des Annahmeverzugs getroffen. Insofern ist in diesem Fall auch für den anderweitigen Erwerb nur der 5-wöchige Zeitraum der Unterbrechung der Arbeiten anzusetzen, d. h., es wird angenommen, dass der Auftragnehmer auf eigenes Risiko den um eine Woche längeren anderweitigen Einsatz entschieden hat und sich dadurch einen zusätzlichen Erlös erhofft. Gleichwohl könnte bei der Rückführung von Großgeräten wie bei dem im Beispiel verwendeten Kran im Gegensatz zu leichter disponierbaren Personalkapazitäten möglicherweise auch im Nachhinein erfolgreich argumentiert werden, dass gewisse Vorlaufzeiten zum Abzug von der Ersatzbaustelle unumgänglich und nicht explizit zu vereinbaren sind.

#### **4.4.6 Ermittlung der Höhe anderweitigen Erwerbs**

##### **4.4.6.1 Bewertungsbasis**

In Kapitel 3.3.4.2 wurde bereits erläutert, dass nach überwiegender Meinung in der Literatur der Erwerb aus einem anderweitigen Einsatz vollumfänglich zu berücksichtigen ist, d. h. in

der tatsächlich entstandenen Höhe.<sup>249</sup> Würden nicht die tatsächlich anderweitig erworbenen Beträge für die Bewertung des anderweitigen Erwerbs herangezogen, wäre ansonsten im Fall einer Unterdeckung durch Annahme eines Ersatzauftrags unterhalb der Selbstkosten der Differenzbetrag nicht durch die restliche zu zahlende Entschädigung abgedeckt.

Für den Fall, dass der Auftragnehmer die Kapazitäten bei einem Ersatzauftrag zu besseren Konditionen als beim gestörten Auftrag einsetzen kann – also wie in diesem Beispiel mit höheren Verrechnungssätzen für die Krankkapazität auf der Ersatzbaustelle als beim gestörten Bauauftrag – bedeutet diese Regelung allerdings auch, dass der hieraus resultierende Erwerb als tatsächlicher Deckungsbeitrag bis zur Grenze der aufgrund der Störung entstandenen Mehrkosten heranzuziehen ist. Erst darüber hinaus profitiert der Auftragnehmer von seinem erfolgreichen wirtschaftlichen Handeln, da der Auftraggeber bis dahin den zusätzlichen Gewinn des Auftragnehmers beansprucht. Im Extremfall hieße dies, dass durch einen kurzen anderweitigen Einsatz eines Teils der Kapazitäten zu extrem guten Preisen der gesamte Entschädigungsanspruch einer deutlich längeren Störung abgedeckt werden könnte.

Für den Auftragnehmer existiert somit keinerlei Anreiz möglichst „gute Preise“ für den anderweitigen Einsatz zu erzielen, wenn ihm ein daraus entstammender zusätzlicher Gewinn nicht zugestanden wird, aber eine Unterdeckung durch den Entschädigungsanspruch abgesichert ist, zumal auch die Frage der Verpflichtung zur Geringhaltung des Entschädigungsanspruchs ungeklärt ist (siehe Kapitel 3.3.2.5). Es ist eine hier nicht zu klärende rechtliche Fragestellung, ob der Auftraggeber am Vergabegewinn des Auftragnehmers partizipieren darf. Aus wirtschaftlicher Sicht erscheint es nur auf den ersten Blick sinnvoll, in jedem Fall den tatsächlichen anderweitigen Erwerb anzusetzen.

Darüber hinaus müssen für die nachprüfbare Darlegung des tatsächlichen anderweitigen Erwerbs vom Auftragnehmer Details aus dem Vertragsverhältnis des Ersatzauftrags offen gelegt werden. Der Auftraggeber würde also Informationen über die Preispolitik des Auftragnehmers gegenüber anderen Auftraggebern erhalten. Im Widerspruch steht dies auch zu den in Kapitel 4.4.4 festgestellten Nachweiserfordernissen, wonach es ausreicht, wenn der Auftragnehmer den anderweitigen Erwerb wahrheitsgemäß, ohne Widerspruch zu den Vertragsumständen und ohne seine gesamte Angebots- und Geschäftsstruktur offenbaren zu müssen, darlegt.

Sinnvoll erscheint nach Abwägung der Argumente hinsichtlich der Anrechnung des anderweitigen Erwerbs eine Übertragung der Vorgehensweise, die von KAPPELLMANN/SCHIFFERS<sup>250</sup> zur Ermittlung ersparter Aufwendungen vorgeschlagen wurde (siehe auch Kapitel 3.3.3.3), allerdings zur Anrechnung ersparter Aufwendungen aufgrund der aktuellen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 22.09.2005, VII ZR 63/04) vermutlich nicht mehr durchsetzbar ist. Zur

<sup>249</sup> So einhellig z. B. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 952 f., Rdn. 46 ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 1797, Rdn. 66 f. ; Kniffka/Koeble (2004), S. 452, Rdn. 30. In Palandt (2006), S. 990, § 649 Rdn. 7, wird hingegen darauf verwiesen, dass der Auftragnehmer den anderweitigen Erwerb vertragsbezogen darzulegen und zu beziffern hat.

<sup>250</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000b), S. 490 ff.

Anrechnung anderweitigen Erwerbs wird in dem Urteil jedoch nicht Stellung genommen, so dass die von KAPPELLMANN/SCHIFFERS vorgeschlagene Vorgehensweise zu einer für beide Vertragsparteien akzeptablen Lösung der Ermittlung der Höhe anderweitigen Erwerbs führen kann. Der als anderweitiger Erwerb anzusetzende Betrag ist demnach auf Basis der Vertragskalkulation zu ermitteln, in diesem Fall also anhand der nachträglich erstellten, dem Vertragspreisniveau angepassten Kalkulation der tatsächlichen Ausführung mit zwei Kranen. Tatsächlicher anderweitiger Erwerb darf angesetzt werden, wenn dies für den Auftragnehmer günstiger ist, weil beispielsweise ein anderweitiger Erwerb nur mit geringeren Verrechnungssätzen und damit unterhalb der Selbstkosten erfolgt.

Durch eine derartige Berechnung ist zum einen sichergestellt, dass der Auftragnehmer keinen Nachteil erleidet, der entsteht, wenn ein anderweitiger Erwerb zu geringeren Verrechnungssätzen erfolgt, da lediglich der tatsächliche anderweitige Erwerb angerechnet wird. Zum anderen besteht für den Auftragnehmer aber auch ein Anreiz, die Kapazitäten anderweitig zu möglichst hohen Verrechnungssätzen einzusetzen, da ihm ein dadurch möglicherweise zusätzlich erwirtschafteter Gewinn erhalten bleibt. Der Auftraggeber profitiert von höheren Verrechnungssätzen immerhin insoweit, dass der gesamte ansonsten als Entschädigung zu vergütende Anteil für die anderweitig eingesetzte Kapazität dadurch abgedeckt wird, er erleidet also keinen Nachteil.

Der Auftragnehmer kann in diesem Beispiel den gemieteten kleinen Kran anderweitig einsetzen. Da der Kran anderweitig zu einem Verrechnungssatz von 3.250,00 €/Woche eingesetzt werden kann, ist in diesem Fall nach der oben beschriebenen Systematik der anderweitige Erwerb auf kalkulatorischer Basis zu beziffern, also mit dem angepassten kalkulatorischen Verrechnungssatz von 3.161,00 €/Woche. Dies führt dazu, dass der Auftragnehmer zwar den kompletten kalkulatorisch ermittelten Entschädigungsanteil für den gemieteten Kran entschädigungsmindernd anrechnen muss, ihm jedoch die Differenz zum abweichenden Verrechnungssatz der Ersatzbaustelle in Höhe von 89,00 €/Woche als zusätzlicher Gewinn verbleibt.

#### **4.4.6.2 Produktivitätsminderungen und zusätzliche Kosten**

Im Zusammenhang mit dem anderweitigen Erwerb besteht auch die Gefahr von Produktivitätsminderungen durch nicht optimalen Kapazitätseinsatz auf der Ersatzbaustelle oder von zusätzlichem Aufwand, der ohne den anderweitigen Einsatz nicht angefallen wäre, wie beispielsweise für die Umdisposition einzelner Geräte oder Personal. Hieraus resultierende Kosten wirken sich mindernd auf den anderweitigen Erwerb aus und müssen in der Entschädigungsberechnung berücksichtigt werden.

Produktivitätsminderungen sind generell sehr schwierig zu belegen.<sup>251</sup> Da die genaue Minderleistung nur durch eine Untersuchung des konkreten Projekts im Einzelfall bewertet werden

---

<sup>251</sup> Zur Thematik der Produktivitätsminderung siehe ausführlich die Untersuchungen von Lang in Vygen/Schubert/Lang (2002), S. 348 ff., dort speziell auch zu Minderleistungen wegen nicht optimaler

kann, ist die Minderleistung anhand detaillierter Informationen, Messungen und Auswertungen der Ersatzbaustelle wie z. B. vorgesehene Kolonnenstärken, vorgesehene Geräte und geplante Leistungs- und Aufwandswerte zu untersuchen und nachzuweisen. Zudem besteht das Problem, dass Produktivitätsminderungen der ursprünglich auf der Ersatzbaustelle vorgesehenen Kapazitäten auf einer anderen als der ursprünglich gestörten Baustelle nachgewiesen werden müssen und nur schwer nach der vereinbarten Vergütung der gestörten Baustelle bewertet werden können. Tatsächlich aus der Minderleistung resultierende Kosten anzusetzen würde jedoch bedeuten, Schadens- und Vergütungssystematik zu vermischen, da ein durch den anderweitigen Erwerb angerichteter Schaden von dem vergütungsähnlichen Entschädigungsanspruch abgezogen würde.

Die Bewertung von Produktivitätsminderungen im Zusammenhang mit der Ermittlung von Entschädigungen ist sehr umfassend und kann in dieser Arbeit bei weitem nicht abschließend geklärt werden. Ebenso wie bei der Ermittlung der Entschädigungshöhe idealisiert angenommen wurde, dass die Arbeiten auf der gestörten Baustelle unmittelbar und ohne Anlaufverluste fortgeführt werden können, soll für den anderweitigen Einsatz des Krans gelten, dass es nicht zu Minderleistungen auf der Ersatzbaustelle infolge der zusätzlich eingesetzten Kapazität kommt, sondern der Kran mit dem durch den Verrechnungssatz gegebenen zusätzlichen wirtschaftlichen Nutzen eingesetzt werden kann.

Zusätzliche Kosten beispielsweise für die Umdisposition von Personal- oder Gerätekapazitäten sind wie in Kapitel 3.3 bereits beschrieben in die Entschädigungsermittlung einzubeziehen. Im Bewertungsbeispiel sind zusätzliche Kosten für einen weiteren Transport und Auf- sowie Abbau des Krans zu berücksichtigen. Diese Kosten sind anrechenbar und müssen daher dem Entschädigungsanspruch hinzugerechnet werden. Bewertungsmaßstab für die zusätzlichen Kosten ist die vereinbarte Vergütung, d. h. zur Ermittlung des zu entschädigenden Betrags sind die dem Preisniveau des Vertrags angepassten Verrechnungssätze der tatsächlichen Ausführung heranzuziehen. Auch hier gilt, dass gegebenenfalls hinterlegte Verrechnungssätze zur Ausführung mit einem Kran nicht für die plausible Bewertung der tatsächlichen Ausführung verwendbar sind. Insofern sind entsprechend der nachträglich erstellten, dem vertraglichen Preisniveau angepassten Kalkulation der tatsächlichen Ausführung 1.836,00 € als zusätzliche einmalige Kosten zur Ermöglichung des anderweitigen Erwerbs anzusetzen.

Im Zusammenhang mit zusätzlich anfallenden Kosten durch die Ermöglichung eines anderweitigen Einsatzes der Kapazitäten ist zu prüfen, ob die anderweitige Verwendung überhaupt vorteilhaft ist. Zu Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien wird es kommen, wenn sich im Nachhinein der anderweitige Erwerb infolge der zusätzlichen Kosten und gegebenenfalls zu berücksichtigender Produktivitätsminderungen als unwirtschaftlich herausstellen sollte. Wenngleich die prinzipielle Frage einer „Entschädigungsminderungspflicht“ aus rechtlicher Sicht bisher ungeklärt ist, sollte zumindest hinsichtlich zusätzlicher Kosten zur

---

Kolonnenbesetzung (S. 368 ff.). Zum Nachweis von Produktivitätsminderungen und den Anforderungen daran aus rechtlicher Sicht vgl. auch Swoboda (2003), S. 35 ff., und Oldigs (2003), S. 57 ff.

Ermöglichung anderweitigen Erwerbs erwogen werden, ähnlich wie bei der Schadensminderungspflicht beim Schadensersatz eine Begrenzung des Mehrkostenanspruchs auch bei einer Entschädigungsforderung vorzunehmen.

#### **4.4.7 Risiko der anderweitigen Bindung von Kapazitäten**

Ein anderweitiger Einsatz von Kapazitäten unterhalb der Selbstkosten bedeutet für den Auftragnehmer zunächst in dieser Hinsicht kein Risiko, da die fehlende Deckung des Ersatzauftrags automatisch durch die Entschädigungsleistung des Auftraggebers der gestörten Baustelle ausgeglichen wird. Daher kann der Auftraggeber verlangen, dass jeder mögliche anderweitige Erwerb realisiert wird (siehe Kapitel 3.3.4). Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch ein anderweitiger Einsatz zu nicht kostendeckenden Preisen doch zum erheblichen Risiko für den Auftragnehmer werden.

Der Auftragnehmer ist im Vertragsverhältnis des Ersatzauftrags ebenso an die hierfür vereinbarte Vergütung gebunden. Solange eine durch nicht kostendeckende Preise entstehende Deckungslücke für die temporär dort eingesetzten Kapazitäten durch die Entschädigungsleistung der gestörten Baustelle gedeckt ist, besteht kein Problem für den Auftragnehmer. Sollten im Vertragsverhältnis der Ersatzbaustelle allerdings geänderte oder zusätzliche Leistungen angeordnet werden oder sonstige Störungen auf der Ersatzbaustelle auftreten, so dass die eingesetzten Kapazitäten deutlich länger als geplant auf der Ersatzbaustelle verbleiben müssen und/oder zusätzliche Leistungen zu erbringen sind, ist der Auftragnehmer trotzdem weiterhin an die vereinbarten, unter Umständen nicht auskömmlichen Preise gebunden.<sup>252</sup> Der Ausgleich über die Entschädigungszahlung der gestörten Baustelle kann jedoch nicht mehr erfolgen, da der Auftraggeber der gestörten Baustelle nicht für Mehrkosten aus Störungen verantwortlich sein kann, die der Auftraggeber der Ersatzbaustelle zu vertreten hat. Aus rechtlicher Sicht zu klären ist daher, inwieweit unter diesem Aspekt dem Auftragnehmer tatsächlich ein anderweitiger Einsatz unterhalb der Selbstkosten auferlegt werden kann.

Darüber hinaus kann es durch die Bindung von Kapazitäten in Ersatzaufträgen auch zu reinen Kapazitätsproblemen für den Auftragnehmer kommen, falls auf der Ersatzbaustelle zusätzliche Leistungen angeordnet werden und deshalb die dort temporär eingesetzten Kapazitäten wider Erwarten länger benötigt werden, gleichzeitig allerdings die Kapazitäten auf der inzwischen nicht mehr gestörten ursprünglichen Baustelle wieder eingesetzt werden müssen.

#### **4.4.8 Ergebnisse für Szenario 3**

Die Berücksichtigung eines anderweitigen Einsatzes der Kapazitäten gestaltet die Ermittlung einer angemessenen Entschädigung zusätzlich schwierig. Die grundsätzliche Identifizierung anderweitigen Erwerbs und die Nachprüfbarkeit der anzurechnenden Aufwendungen bei anderweitigem Einsatz der Kapazitäten eröffnen eine Reihe von Problemen, die im Einzelfall

---

<sup>252</sup> Hier manifestiert sich also auch beim Ersatzauftrag die bereits zur Vergütung und auch zur Entschädigung zitierte Regel: „Schlechter Preis bleibt schlechter Preis – guter Preis bleibt guter Preis“.



betrachtet werden müssen. Außerdem sind durch den Auftragnehmer Risiken zu beachten, die erst durch den anderweitigen Einsatz der Kapazitäten entstehen und sich darüber hinaus vervielfachen können, wenn zahlreiche Kapazitäten auf unterschiedlichen Ersatzbaustellen eingesetzt werden.

Im behandelten Beispielszenario ist die Dauer der Unterbrechung mit 5 Wochen festzustellen. Für Kran 1 besteht hinsichtlich der Berechnung der Entschädigung kein Unterschied zu Szenario 2, da er weiterhin auf der Baustelle vorgehalten wird und somit eine um 5 Wochen verlängerte Vorhaltezeit anzusetzen ist. Kran 2 kann hingegen während des gesamten Unterbrechungszeitraums und sogar eine Woche darüber hinaus anderweitig eingesetzt werden. Dadurch ergibt sich sogar gegenüber der ursprünglichen Planung eine um eine Woche verkürzte Vorhaltedauer. Da der Auftragnehmer allerdings auf eigenes Risiko entscheidet, den Kran erst eine Woche nach dem Ende des Annahmeverzugs wieder der gestörten Baustelle zur Verfügung zu stellen, sind auch nur die 5 Wochen aus der Ermittlung der Dauer des Verzugs anzusetzen und nicht die tatsächlichen 6 Wochen anderweitiger Einsatz.

Für den anderweitigen Erwerb ist nach der in Kapitel 4.4.6 vorgeschlagenen Berechnungsweise somit die Dauer des Verzugs von 5 Wochen und die vereinbarte Vergütung nach den dem Vertragspreisniveau angepassten Verrechnungssätzen maßgebend, d. h. anzusetzen ist der Verrechnungssatz von 3.161,00 €/Woche. Der zusätzliche Gewinn aus dem höheren Verrechnungssatz beim anderweitigen Einsatz bleibt dem Auftragnehmer dadurch erhalten, gleichzeitig sind aber auch die ansonsten zu entschädigenden kalkulatorischen Kosten des gemieteten Krans während der Unterbrechung vollständig abgedeckt. Zusätzliche einmalige Kosten sind für den Transport und den zusätzlichen Auf- und Abbau zu berücksichtigen. Hierfür ist gemäß Preisermittlungsgrundlage eine Pauschale von 1.836,00 € kalkuliert und in der Entschädigungsberechnung anzusetzen.

In Tabelle 11 ist die tabellarische Berechnung der Entschädigung für die direkten Mehrkosten der Krankapazitäten in Szenario 3 der Entschädigungshöhe aus Szenario 1 und 2 gegenübergestellt. Dem Auftragnehmer stehen als Entschädigung in Szenario 3 für den 5-wöchigen Unterbrechungszeitraum zeitabhängige Kosten für die beiden Krane in Höhe von zusammen 6.506,00 €/Woche bzw. 32.530,00 € zu. Hiervon sind ersparte Reparaturkosten für Kran 1 (siehe Szenario 2) in Höhe von 653,00 €/Woche bzw. 3.265,00 € sowie anderweitiger Erwerb für Kran 2 in Höhe von 3.161,00 €/Woche bzw. 15.805,00 € abzuziehen. Zusätzliche einmalige Kosten fallen in Höhe von 1.836,00 € an, so dass die verbleibende Entschädigung für die direkten Mehrkosten der Krankapazitäten 15.296,00 € beträgt.

Szenarien	Kosten pro Woche	Mehrkosten für die 5-wöchige Unterbrechung
<u>Szenario 1</u>		
direkte Mehrkosten	6.080,00 €/Woche	30.400,00 €
./. ersparte Aufwendungen	1.266,00 €/Woche	6.330,00 €
<b>Entschädigungshöhe</b>		<b>24.070,00 €</b>
<u>Szenario 2</u>		
direkte Mehrkosten Kran 1	3.345,00 €/Woche	16.725,00 €
direkte Mehrkosten Kran 2	3.161,00 €/Woche	15.805,00 €
Summe direkter Mehrkosten	6.506,00 €/Woche	32.530,00 €
./. ersparte Aufwendungen	653,00 €/Woche	3.265,00 €
<b>Entschädigungshöhe</b>		<b>29.265,00 €</b>
Δ Entschädigung (Szenario 1 und 2)		5.195,00 €
<u>Szenario 3</u>		
direkte Mehrkosten Kran 1	3.345,00 €/Woche	16.725,00 €
direkte Mehrkosten Kran 2	3.161,00 €/Woche	15.805,00 €
Summe direkter Mehrkosten	6.506,00 €/Woche	32.530,00 €
./. ersparte Aufwendungen	653,00 €/Woche	3.265,00 €
./. anderweitiger Erwerb	3.161,00 €/Woche	15.805,00 €
zusätzliche einmalige Kosten		1.836,00 €
<b>Entschädigungshöhe</b>		<b>15.296,00 €</b>
Δ Entschädigung (Szenario 1 und 3)		8.774,00 €

**Tabelle 11:** Entschädigung der direkten Mehrkosten für die Krankkapazitäten (Szenario 1, 2 und 3)

Gleichzeitig erzielt der Auftragnehmer durch den anderweitigen Einsatz des Krans 2 zu höheren Verrechnungssätzen beim Ersatzauftrag einen zusätzlichen Gewinn von 86,00 €/Woche, also über die 5-wöchige Unterbrechung 445,00 €. Außerdem kann der Auftragnehmer durch die auf eigenes Risiko verantwortete, spätere Wiederbereitstellung der vollständigen Krankkapazität eine zusätzliche Einnahme von 3.250,00 € durch den eine Woche längeren Einsatz von Kran 2 auf der Ersatzbaustelle verbuchen. Diese zusätzlich erhofften Einnahmen können jedoch später zunichte gemacht werden, wenn der Ausgleich dieser zeitweiligen Unterversorgung mit Krankkapazitäten nicht gelingt und zur Einhaltung der Vertragsfristen auf der gestörten Baustelle Mehrarbeit durch Überstunden etc. erforderlich werden sollte oder sogar Vertragsstrafen drohen. Hier können sogar zusätzliche Verluste drohen.

Verglichen mit der errechneten Entschädigung für die direkten Mehrkosten der Krankkapazität in Szenario 1 (24.070,00 €) ist festzustellen, dass sich die vom Auftragnehmer zu zahlende Entschädigung aufgrund des durch die Umdisposition erst möglich gewordenen anderweitigen Erwerbs um 8.774,00 € verringert. Im Gegensatz zu Szenario 2 profitiert der Auftraggeber nun davon, dass der Auftragnehmer seine Krankkapazitäten umdisponiert hat und

dafür temporär höhere zeitabhängige Kosten in Kauf genommen wurden. Der Auftragnehmer hat durch die niedrigere Entschädigung keinen Nachteil, solange sichergestellt ist, dass der anderweitige Einsatz auch wirklich mit dem angesetzten zusätzlichen wirtschaftlichen Nutzen erfolgt.

## **4.5 Berücksichtigung Allgemeiner Geschäftskosten bei der Entschädigung**

In den behandelten drei Szenarien wurde auf die Nachweisprobleme direkter Kosten im Fall einer Bauablaufstörung eingegangen. Hierbei wurde die Untersuchung zwar auf zu entschädigende Mehrkosten der Krankapazitäten beschränkt, es konnte aber dargestellt werden, dass auch zusätzliche Baustellengemeinkosten wie direkte Kosten zu behandeln sind.

Wie in Kapitel 3.3.2.1 bereits diskutiert, gehört zu einer systematischen Entschädigungsberechnung zusätzlich zur Bestimmung der direkten Mehrkosten auch eine Berücksichtigung zu entschädigender Allgemeiner Geschäftskosten. Die Probleme, die daraus resultieren, sollen im Folgenden mit Bezug auf das Beispiel dargestellt werden. Zunächst wird kurz allgemein auf die Zusammensetzung und Kalkulation sowie den grundsätzlichen Erstattungsanspruch Allgemeiner Geschäftskosten eingegangen, da sich auch die zu entschädigenden Allgemeinen Geschäftskosten an der vertraglich vereinbarten Vergütung (also kalkulatorischen Grundlagen) orientieren müssen.<sup>253</sup>

### **4.5.1 Zusammensetzung und Kalkulation Allgemeiner Geschäftskosten**

Zu den Allgemeinen Geschäftskosten, auch Verwaltungs- oder Betriebsgemeinkosten genannt, werden Kosten gezählt, die für den Betrieb eines Unternehmens als solches anfallen. Sie entstehen in erster Linie im Bereich des Betriebs und der Verwaltung des Unternehmens und können einzelnen Projekten üblicherweise nicht direkt zugeordnet werden. Hierzu zählen typischerweise Kosten der Unternehmensleitung und -verwaltung, Gebäudekosten, EDV- und Büroausstattung, Steuern und Abgaben und weitere, zum allgemeinen Geschäftsbetrieb zählende Kosten.<sup>254</sup> Da diese Kosten im Unternehmen durch die Ausübung der Geschäfte an sich anfallen, müssen sie durch die einzelnen Aufträge anteilig gedeckt werden.

Grundsätzlich steht es dem Auftragnehmer frei, welche Kosten von ihm unter dem Begriff der Allgemeinen Geschäftskosten zusammengefasst werden. Häufig werden auch aus unternehmenspolitischen Gründen oder aufgrund des geringen Detaillierungsgrads des Rechnungswesens eindeutig projektabhängige Kosten, die dem Charakter nach also eher als Baustellengemeinkosten aufzufassen sind, in den Allgemeinen Geschäftskosten verrechnet. Beispielsweise kommt es durchaus vor, dass Bauunternehmen die Kosten der Bauleitung in

---

<sup>253</sup> Da die Thematik der Deckung Allgemeiner Geschäftskosten bei Bauablaufstörungen sehr komplex ist, können in dieser Arbeit lediglich die wesentlichen Problemfelder erörtert werden. In der Literatur existieren umfangreiche Abhandlungen zur Frage der Deckung Allgemeiner Geschäftskosten, speziell bei einem Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B (vgl. hierzu u. a. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 619 ff., Drittlar (1999), S. 825 ff., Noosten (2005)).

<sup>254</sup> Typische Bestandteile für Allgemeine Geschäftskosten „klassischer“ Rohbauunternehmen sind u. a. bei Leimböck/Klaus/Hölkermann (2002) S. 23 und Drees/Paul (2002) S. 111 zusammengetragen.

den Allgemeinen Geschäftskosten verrechnen. Unter gewissen Umständen können also Kostenbestandteile der Allgemeinen Geschäftskosten direkt von einzelnen Aufträgen und damit auch von dort eintretenden Bauablaufstörungen beeinflusst werden.

Die Festlegung des Zuschlagssatzes für die Umlage der Allgemeinen Geschäftskosten auf die Einzelprojekte eines Unternehmens erfolgt in der Regel zu Beginn des Geschäftsjahrs. Da die Höhe der Allgemeinen Geschäftskosten kurz- bis mittelfristig als konstant angesehen werden kann, wird im Rahmen der Preisermittlung vereinfachend für das gesamte kommende Geschäftsjahr ein festgelegter Zuschlagssatz zugrunde gelegt. Hierzu werden die erfahrungsgemäß pro Jahr anfallenden Allgemeinen Geschäftskosten, ermittelt aus Jahresabschlüssen vergangener Geschäftsjahre, in ein Verhältnis zur Bauleistung gesetzt und damit der Zuschlagssatz für eine durchschnittliche Baustelle des Unternehmens errechnet:<sup>255</sup>

$$\text{AGK [\% Bauleistung]} = \frac{\text{AGK / Jahr [€/Jahr]}}{\text{Bauleistung / Jahr [€/Jahr]}} \cdot 100$$

Durch differenzierte Zuschlagssätze nach Kostenarten, Bausparten, Auftragsgrößen etc. können die Allgemeinen Geschäftskosten stärker hinsichtlich ihrer Verursachung verteilt werden. Entscheidend für eine derartige Berechnung differenzierter Zuschlagssätze ist ein entsprechend detailliertes baubetriebliches Rechnungswesen. Zudem können projektspezifische Besonderheiten eine Anpassung des Zuschlagssatzes erforderlich machen.<sup>256</sup>

Die Allgemeinen Geschäftskosten werden bei der Zuschlagskalkulation durch den ermittelten prozentualen Zuschlagssatz auf die Herstellkosten umgelegt und ergeben somit die Selbstkosten für die Erstellung der Leistung. Die Höhe der durch ein Projekt zu deckenden Allgemeinen Geschäftskosten ergibt sich aus der Kalkulation nur in Form des prozentualen Zuschlags auf die Herstellkosten bzw. als daraus errechneter Absolutwert. Über die Zusammensetzung der kalkulierten Allgemeinen Geschäftskosten und die Höhe einzelner Bestandteile existieren somit in der Vertragskalkulation keine Informationen mehr.<sup>257</sup>

<sup>255</sup> Vgl. Keil/Martinsen (2004) S. 83 ; Drees/Paul (2002), S. 112 ff. Die eigentlich richtige Basis für die Ermittlung des Zuschlagssatzes wären aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Herstellkosten. Da die Bauleistung je Abrechnungsperiode jedoch einfacher zu ermitteln ist, hat sich allgemein die Umlage auf Basis der Bauleistung durchgesetzt.

<sup>256</sup> Bei eher fertigungsorientierten Unternehmen, wie z. B. Stahl- oder Fassadenbauunternehmen, können sich Unterschiede in der Zusammensetzung ergeben, da der überwiegende Teil der Wertschöpfung in stationären Betrieben erfolgt und auf der Baustelle in der Hauptsache nur Montagearbeiten anfallen. Daher können dort in beträchtlichem Umfang Kosten etwa für Produktionseinrichtungen, Forschung und Entwicklung in den Allgemeinen Geschäftskosten enthalten sein und zu einem deutlich höherem Zuschlagssatz für Allgemeine Geschäftskosten als bei einem Rohbauunternehmen führen.

<sup>257</sup> In den laut Vergabehandbuch bei öffentlichen Baumaßnahmen auszufüllenden EFB-Formblättern ist die Angabe eines prozentualen oder absoluten Zuschlagswertes für die Allgemeinen Geschäftskosten explizit gefordert (je nach Formblatt wird eine Angabe in Euro oder in Prozent gefordert). Unabhängig davon, in welcher Art und Weise die Kalkulation also durch den Bieter durchgeführt wurde, muss letztlich der geforderte Prozentwert oder Betrag für Allgemeine Geschäftskosten errechnet werden. Detaillierte Angaben sind nicht vorgesehen, so dass auch durch die EFB-Formblätter keine Informationen zur Kalkulation der Allgemeinen Geschäftskosten festgehalten sind.

### 4.5.2 Erstattungsanspruch

Die Allgemeinen Geschäftskosten gehen in die Betriebsrechnung als bauleistungsabhängige bzw. umsatzabhängige Planzahl ein. Gleichzeitig sind sie jedoch auch zeitabhängig, da die Bauleistung je Zeitperiode betrachtet wird.<sup>258</sup> Die Verrechnung der Allgemeinen Geschäftskosten bei einem einzelnen Auftrag spiegelt diese gleichzeitige Leistungs- und Zeitabhängigkeit wieder, indem ein umsatzabhängiger Prozentwert auf die Herstellkosten aufgeschlagen wird und durch den Gesamtumsatz des Projekts über die geplante Bauzeit eine bestimmte Deckung erfolgt. Das führt dazu, dass sowohl Abweichungen von der Auftragssumme als auch von der geplanten Bauzeit eines Bauauftrags Über- oder Unterdeckungen der Allgemeinen Geschäftskosten nach sich ziehen können. Eine Unterdeckung von Allgemeinen Geschäftskosten, also eine Deckungslücke, kann festgestellt werden, wenn die für einen Bauauftrag kalkulierten absoluten Beträge für die Teilleistungen nicht spätestens zu den vertraglichen, auf den Kalender bezogenen und vom Unternehmer realistisch geplanten Ausführungszeiträumen erreicht werden.<sup>259</sup>

In der Literatur wird bei Bauablaufstörungen nicht eindeutig zwischen den nicht erwirtschafteten Deckungsanteilen in einem bestimmten Zeitraum und erhöhten Allgemeinen Geschäftskosten unterschieden.<sup>260</sup> Behinderungsbedingt anfallende zusätzliche Allgemeine Geschäftskosten – Kosten, die der Kostenstelle Allgemeine Geschäftskosten zwar zugeordnet sind, jedoch unmittelbar von einer Störung betroffen sind, wie z. B. zusätzliche Ladearbeiten auf dem Bauhof oder die Einstellung von Zeitarbeitskräften in der Verwaltung – sind wie direkte Kosten der Behinderung zu behandeln (siehe Kapitel 3.3.2.2). Problematisch sind hier allein der Nachweis des kausalen Zusammenhangs mit der Störung und die Bestimmung der vereinbarten Vergütung für diese Kostenbestandteile aufgrund der Verrechnung in einem prozentualen Zuschlagssatz.

Der Anspruch auf die im ungestörten Bauablauf normalerweise während der Störung erwirtschafteten Allgemeinen Geschäftskosten begründet sich hingegen darauf, dass für den Zeitraum einer störungsbedingten Verlängerung der Bauzeit die Produktionsfaktoren untätig auf der Baustelle vorgehalten werden und schließlich länger als geplant auf der Baustelle vorgehalten werden müssen.<sup>261</sup> Der geplante Umsatz der gestörten Baustelle wird zwar trotzdem erwirtschaftet, jedoch infolge der Störung über einen längeren Zeitraum. Die ausfallende Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten für den Unterbrechungszeitraum ist bei der Anspruchsermittlung zu berücksichtigen, da in dem Zeitraum der Bauzeitverlängerung

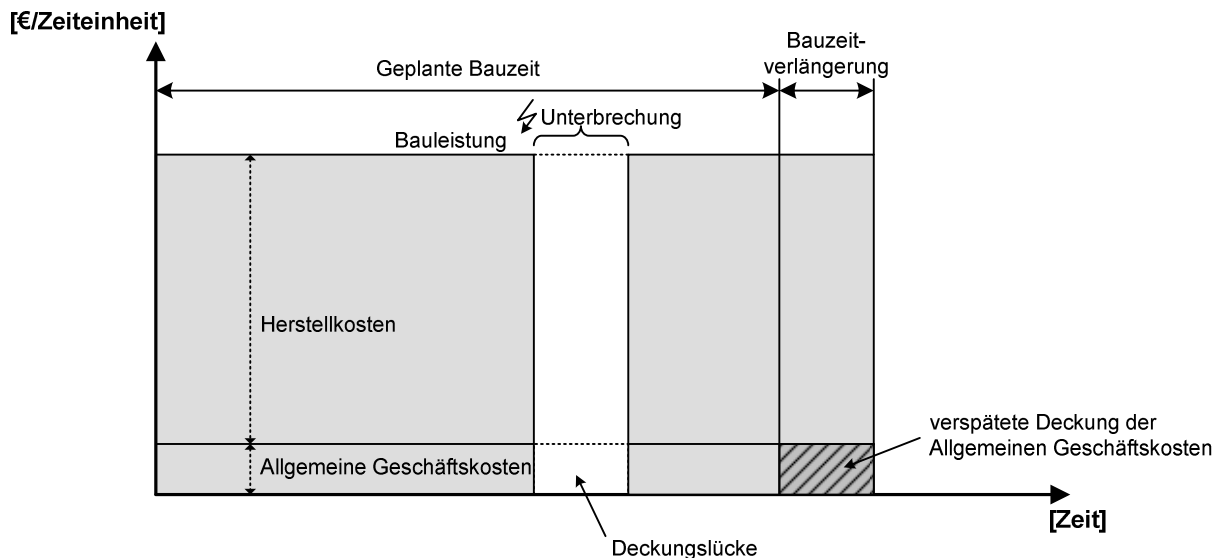
<sup>258</sup> Vgl. Wanninger (2004), S. 23 f.

<sup>259</sup> Vgl. auch Noosten (2005), S. 127 ff., der daneben noch verschiedene weitere Definitionen für die Unterdeckung Allgemeiner Geschäftskosten zusammenträgt.

<sup>260</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion (2004), S. 1709, Rdn. 40, die lediglich von erhöhten Allgemeinen Geschäftskosten sprechen. Demgegenüber Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 899 f., Rdn. 68 ff., die auf die Bezuschlagung der direkten Mehrkosten mit einem prozentualen Zuschlagssatz verweisen und erhöhte (zusätzlich angefallene) Allgemeine Geschäftskosten wie direkte Kosten behandeln (ebenso in Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 619 ff., Rdn. 1425 ff.) ; weitere Kommentatorenmeinungen sind in Noosten (2005), S. 87 ff., zusammengestellt.

<sup>261</sup> Vgl. Schubert (2000), S. 267 ff.

ansonsten durch den Umsatz anderer Bauaufträge Deckungsanteile hätten erwirtschaftet werden können (siehe Abbildung 18). Unterschiedliche Vorgehensweisen existieren für den Ausgleich der Deckungslücke für die Allgemeinen Geschäftskosten (in Abbildung 18 wird idealisiert von einer konstanten Bauleistung über die gesamte Bauzeit und einer gleichmäßigen geplanten Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten ausgegangen).



**Abbildung 18:** Deckungslücke Allgemeiner Geschäftskosten bei Verlängerung der Bauzeit

Bei der Ermittlung der Höhe der untergedeckten Allgemeinen Geschäftskosten ist zu berücksichtigen, dass der Auftragnehmer aufgrund der auftraggeberseitig zu vertretenden Störung nicht besser gestellt werden soll, als dies ohne die Störung der Fall wäre. Daher muss bei der Ermittlung der Deckungslücke für die Allgemeinen Geschäftskosten einerseits der vertraglich vereinbarte Ausführungszeitraum berücksichtigt werden. Andererseits ist zu beachten, dass in gestörten Zeiträumen auftretende temporäre Unterdeckungen der Allgemeinen Geschäftskosten für das Unternehmen insgesamt durch eine anderweitige Erwirtschaftung von Deckungsanteilen durch den anderweitigen Einsatz freigewordener Produktionsfaktoren ausgeglichen werden können. Ebenso wie bei einer Kündigung können Allgemeine Geschäftskosten bei einer Bauunterbrechung nicht erspart werden.<sup>262</sup> Allerdings können zur Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten beitragende Leistungen in gewissem Umfang verschoben werden, so dass eine unternehmens- und projektindividuelle Betrachtung der Deckung Allgemeiner Geschäftskosten zwingend erforderlich ist.<sup>263</sup>

#### 4.5.3 Probleme bei der Berechnung zu entschädigender Allgemeiner Geschäftskosten

Für den Ausgleich der beschriebenen Deckungslücke der Allgemeinen Geschäftskosten werden beim Schadensnachweis zwei Vorgehensweisen – prozentuale Bezuschlagung und

<sup>262</sup> Für eine Übersicht über die verschiedenen Kommentarmeinungen hierzu siehe Noosten (2005), S. 103 ff.

<sup>263</sup> Vgl. Noosten (2005), S. 113 ff. und S. 127 ff.

Berechnung zeitabhängiger Deckungsbeiträge – vorgeschlagen. Diese werden in den folgenden Kapiteln vorgestellt und hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit auf die Entschädigungsberechnung diskutiert. Darüber hinaus wird eine weitere Variante beschrieben, bei der die Methodik des Nachweises direkter Kosten, also die kalkulatorische Bewertung des tatsächlichen Baugeschehens, konsequent auf den Nachweis Allgemeiner Geschäftskosten übertragen und somit eine verursachungsgerechtere Zuordnung der Kosten ermöglicht wird.

#### 4.5.3.1 Prozentuale Bezuschlagung der Mehrkosten

Bei der Bezuschlagung mit dem in der Vertragskalkulation festgelegten prozentualen Zuschlagssatz für Allgemeine Geschäftskosten werden die errechneten Mehrkosten infolge einer Bauablaufstörung als Berechnungsbasis für die Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten verwendet. Die störungsbedingt anfallenden, direkten Kosten werden mit dem Zuschlag für Allgemeine Geschäftskosten verrechnet, so dass sich aus der Summe der direkten Kosten und den Allgemeinen Geschäftskosten die Entschädigung ergibt. Der errechnete Betrag für Allgemeine Geschäftskosten soll hierbei die in Kapitel 4.5.2 beschriebene Deckungslücke infolge des verlängerten Einsatzes der Produktionsmittel abdecken.<sup>264</sup>

Im Beispiel muss also von den in Szenario 3 ermittelten direkten Mehrkosten der tatsächlichen Ausführung mit zwei Kranen lediglich der anderweitige Erwerb für Kran 2 abgezogen werden. Die so ermittelten Mehrkosten ohne Abzug ersparter Aufwendungen<sup>265</sup> werden mit dem kalkulierten Zuschlagssatz beaufschlagt, so dass sich die zu entschädigenden Allgemeinen Geschäftskosten ergeben. Dieser Betrag ist zu dem zuvor ermittelten Entschädigungsanspruch für die direkten Mehrkosten (hierbei wiederum unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen *und* anderweitigen Erwerbs) zu addieren. Wie in Tabelle 12 dargestellt, ergibt sich mit den zuvor in Szenario 3 festgestellten direkten Mehrkosten schließlich eine Entschädigung für die eingesetzten Krankapazitäten in Höhe von insgesamt 17.152 € (gerundet). Der errechnete Anteil für Allgemeine Geschäftskosten bezieht sich dabei wie die direkten Kosten ebenfalls ausschließlich auf die Krankapazitäten.

<sup>264</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 619 ff.

<sup>265</sup> Da Allgemeine Geschäftskosten nicht erspart werden können, dürfen auch von der Berechnungsbasis für die Ermittlung der Allgemeinen Geschäftskosten keine ersparten Aufwendungen abgezogen werden, damit die hierauf entfallenden Deckungsbeiträge nicht verloren gehen.

Berechnungsschritte	Kostenberechnung
Ermittlung direkter Kosten	
Mehrkosten für Kran 1 und 2	32.530,00 €
ersparte Aufwendungen Kran 1	3.265,00 €
anderweitiger Erwerb Kran 2 (abzgl. zus. Kosten)	$15.805,00 - 1.836,00 = 13.969,00 \text{ €}$
Allgemeine Geschäftskosten	
Basis zur Ermittlung der Allgemeinen Geschäftskosten	$32.530,00 - 13.969,00 = 18.561,00 \text{ €}$
Deckungsbeitrag für Allgemeine Geschäftskosten (AGK-Zuschlag: 10 % der Herstellkosten)	$18.561,00 \times 0,1 = 1.856,10 \text{ €}$
Höhe der angemessenen Entschädigung für die Krankapazitäten	$32.530,00 - 3.265,00 - 13.969,00 + 1.856,1$ <b>= 17.152,10 €</b>

**Tabelle 12:** Entschädigungsanspruch für Szenario 3 bei umsatzbezogener Berechnung der zu entschädigenden Allgemeinen Geschäftskosten

KAPELLMANN/SCHIFFERS<sup>266</sup> sehen es als Trugschluss an, dass es infolge der längeren Bindung von Produktionsfaktoren zu einer Deckungslücke bei den Allgemeinen Geschäftskosten kommen kann, da die Produktionsfaktoren entweder anderweitig eingesetzt werden und dort Deckungsbeiträge erwirtschaften oder aber Mehrkosten verursachen, die, wenn sie mit dem Zuschlag für Allgemeine Geschäftskosten beaufschlagt werden, für eine ausreichende Deckung dieser Kosten sorgen. Zusätzliche, also störungsbedingt anfallende Allgemeine Geschäftskosten bleiben hiervon unberührt, sie sind wie direkte Mehrkosten nachzuweisen.

Eine pauschale Bezuschlagung der zu entschädigenden Mehrkosten mit dem prozentualen Zuschlagssatz für Allgemeine Geschäftskosten aus der Vertragskalkulation entspricht zwar grundsätzlich der Vorgehensweise beim Vergütungsanspruch und orientiert sich an der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage. Jedoch werden nur die zusätzlichen, in der Mehrzahl zeitabhängigen Kosten als Basis für die Gemeinkostendeckung während der Dauer des Verzugs verwendet. Zu einer Unterdeckung der Kosten kann es insbesondere kommen, wenn beispielsweise Kosten aufgrund der Störung stillstehender Produktionseinrichtungen in den Allgemeinen Geschäftskosten verrechnet wurden und deshalb ein relativ hoher Zuschlagssatz anzuwenden ist, jedoch nur geringe zeitabhängige Mehrkosten als Berechnungsbasis zur Verfügung stehen.<sup>267</sup> Durch die weiterhin als Umlage in der Entschädigung verrechneten Allgemeinen Geschäftskosten ist keine verursachungsgerechte Betrachtung der tatsächlich während der Störung entstehenden Kosten gegeben.

Darüber hinaus bleibt bei der prozentualen Bezuschlagung unberücksichtigt, dass einzelne Kostenbestandteile innerhalb der Allgemeinen Geschäftskosten zeit- oder umsatzabhängigen

<sup>266</sup> Vgl. Kapellmann/Schiffers (2000a), S. 623, Rdn. 1434. Der Meinung, dass eine Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten ein Trugschluss sei wird u. a. von Lang/Rasch (2002), S. 421 ff., Noosten (2005), S. 133 ff., mit zahlreichen Argumenten widersprochen.

<sup>267</sup> Genauso kann es auch zu einer Überdeckung kommen, wenn beispielsweise erhebliche zusätzliche Mehrkosten infolge der Bauablaufstörung entstanden sind, die jedoch den Gemeinkostenapparat nicht in entsprechendem Umfang zusätzlich beanspruchen.



Charakter besitzen und somit nicht in gleicher Form durch zeitliche Auswirkungen einer Störung beeinflusst werden. Da Allgemeine Geschäftskosten zudem nicht erspart werden können, müssen als Basis für die Berechnung der zu entschädigenden Allgemeinen Geschäftskosten die ermittelten Mehrkosten lediglich abzüglich des anderweitigen Erwerbs herangezogen werden. Zuletzt kompliziert wird die Berechnung, wenn der anderweitige Erwerb unterhalb der Selbstkosten erfolgt, da dann Deckungsbeiträge für Allgemeine Geschäftskosten eben nicht mehr vollständig anderweitig erwirtschaftet werden. Ersparte Kosten sind für die Berechnungsbasis nicht abzuziehen, da die hierauf entfallenden Deckungsbeiträge für Allgemeine Geschäftskosten nicht erspart werden können.

Die prozentuale Bezuschlagung der Mehrkosten mit dem kalkulatorischen Zuschlagssatz stellt zwar trotz der erforderlichen differenzierten Beachtung ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs einen verhältnismäßig einfachen Berechnungsweg dar. Dabei wird aber weder die tatsächlich entstehende Deckungslücke des Auftragnehmers in Abhängigkeit von der Bauzeit berücksichtigt, noch werden einzelne Leistungen oder Kapazitäten innerhalb der Allgemeinen Geschäftskosten differenziert betrachtet, so dass es bei bestimmten Eingangsbedingungen trotz Bezuschlagung der Mehrkosten für den Auftragnehmer zu einer nicht zu unterschätzenden Unterdeckung seiner Allgemeinen Geschäftskosten insgesamt kommen kann (genauso kann es natürlich bei geänderten Eingangsvoraussetzungen auch zu einer Überdeckung kommen). Über die Höhe dieser Unterdeckung besteht allerdings aufgrund der fehlenden detaillierten Untersuchung Unklarheit.

#### **4.5.3.2 Berechnung zeitabhängiger Deckungsbeiträge**

Zur Ermittlung der Unterdeckung Allgemeiner Geschäftskosten untersucht NOOSTEN<sup>268</sup> neben der bereits beschriebenen Bezuschlagung der direkten Kosten mit dem vertraglichen Zuschlagssatz verschiedene Vorschläge zur Umrechnung der Allgemeinen Geschäftskosten in zeitabhängige Deckungsbeiträge. Dabei wird die Deckungslücke der Allgemeinen Geschäftskosten je Zeiteinheit wie in Abbildung 18 dargestellt anhand der geplanten Leistungserbringung bestimmt und angenommen, dass dieser umsatzbezogene Betrag für Allgemeine Geschäftskosten über die Dauer der Störung als Deckungsbeitrag auszugleichen sei. Eine nach Kostenarten oder Positionen getrennte Untersuchung unter Berücksichtigung der Bauzeit führt zu einer weiter differenzierten Feststellung der zeitabhängigen Deckungsbeiträge.<sup>269</sup>

NOOSTEN<sup>270</sup> entwickelt aus den Untersuchungen der einzelnen Vorschläge einen eigenen Berechnungsvorschlag zur Ermittlung der Unterdeckung Allgemeiner Geschäftskosten. Dieser basiert auf einer stärkeren Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen Umsatz und Bauzeit durch eine starke Aufgliederung der Leistung, so dass eine Ganglinie der Gemeinkostendeckung differenziert nach Kostenarten und Positionen erstellt und somit in Abhängigkeit vom Störungszeitpunkt die auf die Herstellkosten bezogene Höhe der Unter-

---

<sup>268</sup> Vgl. Noosten (2005), S. 130 ff.

<sup>269</sup> Siehe auch die Berechnungsvorschläge von Drittlar (1999), Schubert (2000), Lang/Rasch (2002) und Vygen/Schubert/Lang (2002), siehe außerdem Noosten (2005).

<sup>270</sup> Vgl. Noosten (2005), S. 147 ff.

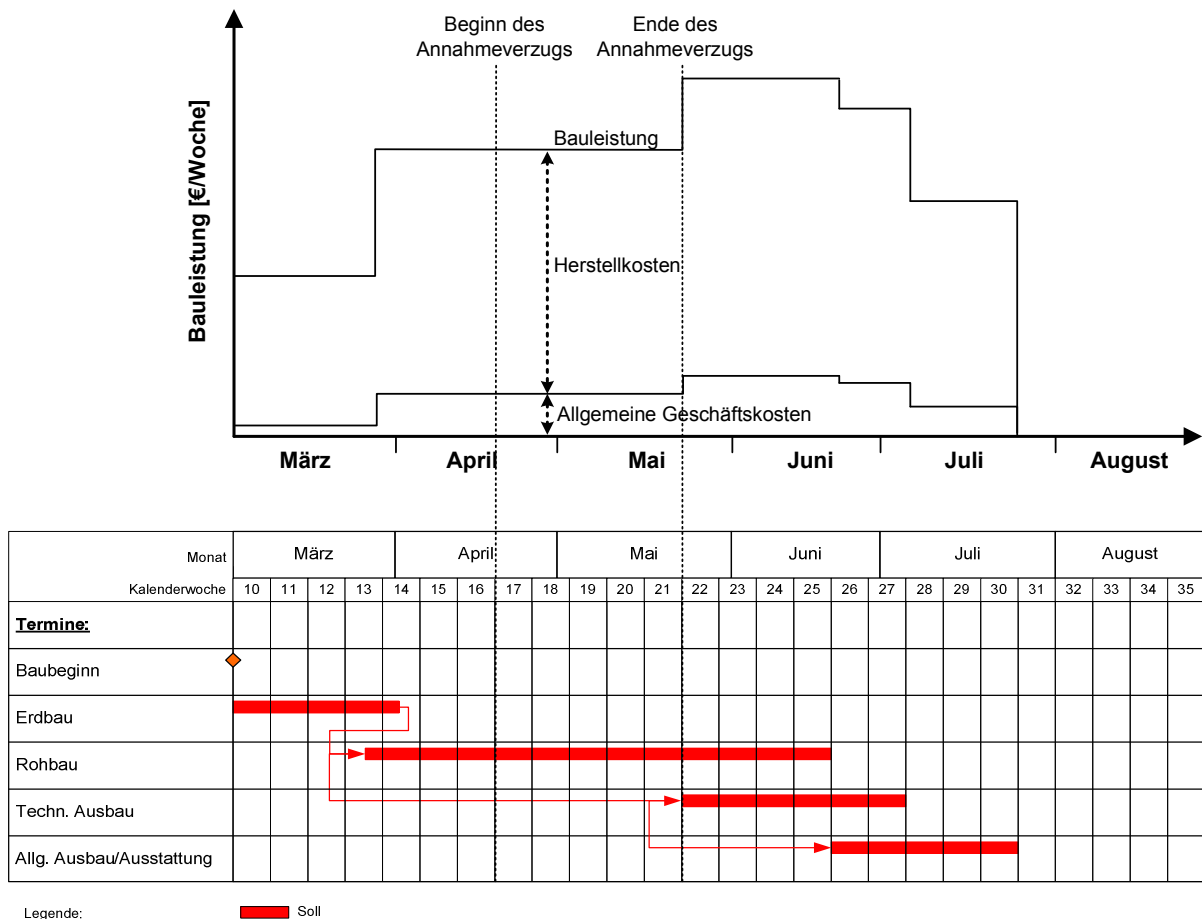
deckung Allgemeiner Geschäftskosten festgestellt wird. Die positionsweise Ermittlung der untergedeckten Allgemeinen Geschäftskosten erlaubt zwar eine sehr präzise Berechnung der geplanten Deckungsbeiträge, kann allerdings bei umfangreichen Projekten mit einer Vielzahl an Leistungen schnell unübersichtlich und extrem aufwendig werden. Daher schlägt NOOSTEN<sup>271</sup> eine Aggregation der Positionen beispielsweise nach einzelnen Titeln vor, wobei zwischen Genauigkeit und Aufwand abzuwägen ist.

Die Vorgehensweise kann auf die Entschädigungsberechnung übertragen werden, da zur Berechnung der zeitabhängigen Deckungsbeiträge grundsätzlich auf die vereinbarte Vergütung und die anhand des kalkulierten Umsatzes geplante Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten Bezug genommen wird. Im Unterschied zur prozentualen Bezuschlagung (siehe vorangegangenes Kapitel) kann jedoch für die im Beispiel genannten Krankapazitäten die zu beaufschlagende Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten nicht einzeln ausgerechnet werden. Die Berechnung der erforderlichen Deckungsbeiträge erfolgt vielmehr für alle Leistungen während der Unterbrechung.

Anhand einer Ganglinie der Bauleistung für das betrachtete Beispiel ist der proportional dazu verlaufende kalkulierte Anteil der Allgemeinen Geschäftskosten während der Dauer des Verzugs festzustellen. Wie in Abbildung 19 zu erkennen ist, erfolgt der größte Umsatz während der parallelen Arbeiten am Rohbau und des technischen Ausbaus, zum Zeitpunkt des Annahmeverzugs zu Beginn der 17. Kalenderwoche ist der Umsatz etwas geringer. Für die 5-wöchige Unterbrechung kann somit der hieran anteilige, kalkulierte Deckungsbeitrag für Allgemeine Geschäftskosten pro Woche bestimmt werden. Im Beispiel ist die in Abbildung 19 qualitativ dargestellte, kalkulierte Bauleistung im Zeitraum vom Anfang der 17. Kalenderwoche bis zum Ende der 21. Kalenderwoche konstant, d. h., pro Woche ist der gleiche Betrag für die Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten zu berücksichtigen, der über die 5-wöchige Unterbrechung summiert den Erstattungsanspruch des Auftragnehmers ergibt.

---

<sup>271</sup> Vgl. Noosten (2005), S. 163 ff.



**Abbildung 19:** Ganglinie der Bauleistung und der Deckung Allgemeiner Geschäftskosten über die Bauzeit

Durch die beschriebene Vorgehensweise wird zwar die vereinbarte Vergütung in Form des umsatzbezogenen Deckungsbeitrags für die Allgemeinen Geschäftskosten berücksichtigt. Unberücksichtigt bleibt aber die tatsächliche Beanspruchung des Gemeinkostenapparats, die bei der Entschädigung nach der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage zu bewerten ist. Genauso wie für die Ermittlung direkter Kosten gilt, dass die geänderten Vertragsumstände nach Beendigung des Annahmeverzugs zu bewerten sind. Für die möglichst exakte Ermittlung der zu entschädigenden Allgemeinen Geschäftskosten ist daher nicht die hierfür vereinbarte Vergütung *während* des Annahmeverzugs als Entschädigungsanteil zu ermitteln, sondern es sind die zu entschädigenden Kosten anhand der Dauer des Verzugs für die tatsächlich betroffenen Leistungen und Kapazitäten und der dafür vereinbarten Vergütung zu berechnen. In Abhängigkeit vom Störungszeitpunkt werden ansonsten möglicherweise über- oder unterdurchschnittliche Beanspruchungen des Gemeinkostenapparats nicht erkannt und es kann dadurch zu unbeabsichtigten finanziellen Vor- oder Nachteilen für die Vertragsparteien kommen.

#### 4.5.3.3 Kalkulatorische Bewertung der tatsächlichen Beanspruchung des Gemeinkostenapparats

Die Zuordnung von Kosten zu den Gemeinkosten, also sowohl zu den Baustellengemeinkosten als auch insbesondere zu den hier behandelten Allgemeinen Geschäftskosten, hängt vom angewendeten Kalkulationssystem sowie von den unternehmensspezifischen Besonder-

heiten ab und liegt im Ermessen des Unternehmers.<sup>272</sup> Der Unterschied zu direkten Kosten ist, dass Allgemeine Geschäftskosten nicht direkt abhängig von der erbrachten Leistung auf der Baustelle anfallen, sondern in Abhängigkeit von der zu erbringenden Leistung des Gemeinkostenapparats, die zu bestimmten Zeitpunkten während der Baumaßnahme erforderlich wird. Daraus kann gefolgert werden, dass sich im Verlauf eines Projekts Zeiträume abgrenzen lassen, in denen bestimmte Leistungen des Gemeinkostenapparats erbracht werden, die durch die Deckungsbeiträge für Allgemeine Geschäftskosten in unter Umständen hiervon abweichenden Zeiträumen gedeckt werden.<sup>273</sup>

Durch die übliche Kalkulationsmethodik mit einer Umlage der Gemeinkosten auf die direkten Kosten, häufig sogar überproportional stark auf die Lohnkosten, ist eine verursachungsgerechte Zuordnung der Gemeinkosten nicht möglich. Die leistungsabhängige Vergütung führt zu einer Verschiebung zwischen Erlös- und Entstehungszeitpunkt der Gemeinkosten, so dass durch die im vorangegangenen Kapitel beschriebene Bestimmung der Deckungslücke anhand der umsatzbezogenen Beträge zwar die ausbleibende Vergütung für Allgemeine Geschäftskosten bestimmt werden kann. Nicht berücksichtigt wird jedoch, welche Leistungen des Gemeinkostenapparats zum Störungszeitpunkt tatsächlich betroffen sind und entsprechende Kosten verursachen.<sup>274</sup>

In Abbildung 20 ist der qualitative Verlauf der Deckung Allgemeiner Geschäftskosten durch die umsatzbezogene Umlage um eine Ganglinie für die tatsächliche Beanspruchung des Gemeinkostenapparats erweitert. Durch die unterlassene Mitwirkungshandlung sind ab dem Beginn der 17. Kalenderwoche nicht nur die Rohbauarbeiten unterbrochen, sondern es können auch Vorarbeiten des technischen Büros für die folgenden Ausbauarbeiten nicht durchgeführt werden. Das hierfür vorgesehene und in den Allgemeinen Geschäftskosten verrechnete Personal ist also durch die Unterbrechung ebenfalls betroffen.

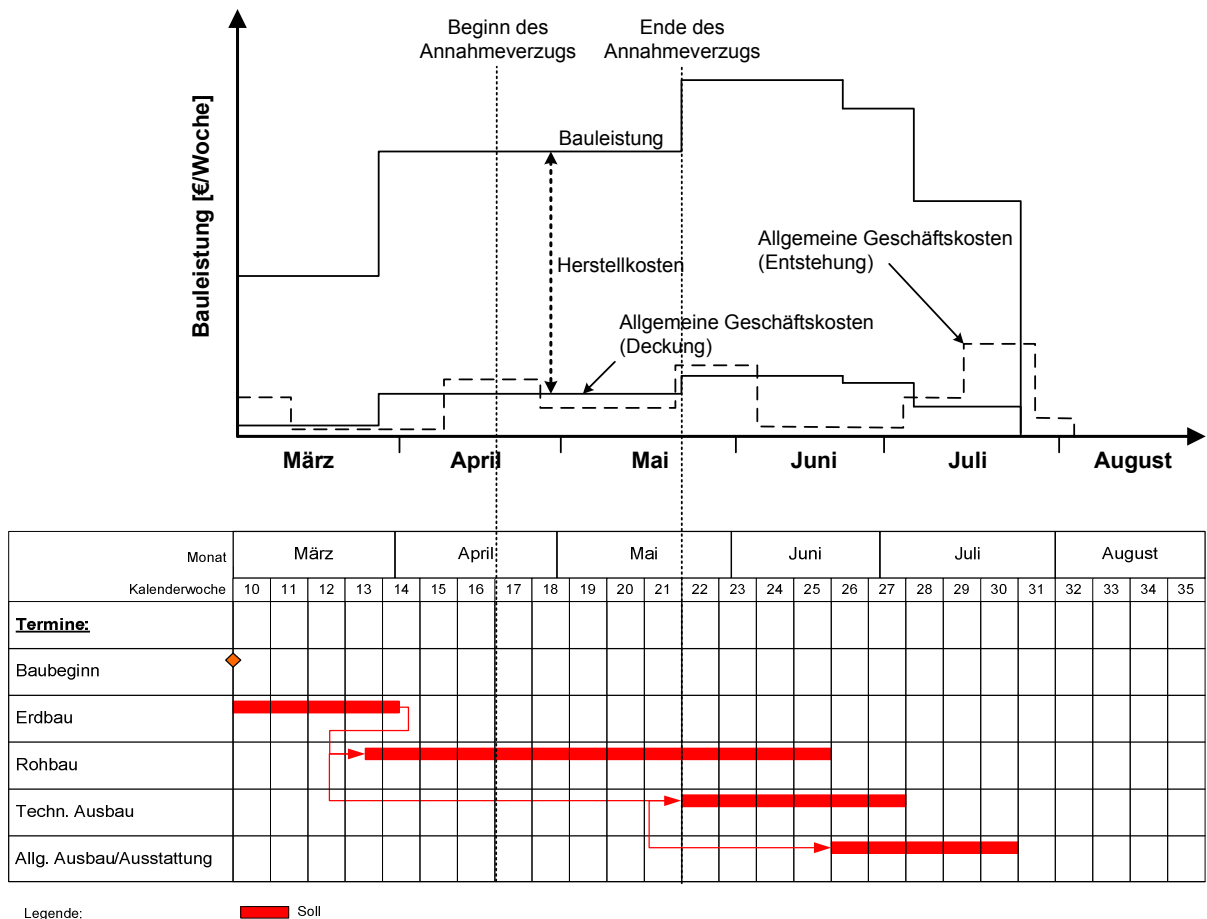
Zum Störungszeitpunkt fallen durch die Vorarbeiten für den Ausbau höhere Allgemeine Geschäftskosten an, als durch den umsatzbezogenen Beitrag gedeckt werden. Die entsprechend höheren Deckungsbeiträge werden erst zeitversetzt erwirtschaftet, nämlich wenn es infolge der tatsächlichen Ausbauarbeiten auch zu einer höheren Bauleistung kommt. Durch die Unterbrechung fallen demnach also höhere Kosten über einen längeren Zeitraum als kalkuliert an, der nach der Unterbrechung liegende Zeitraum mit höheren Deckungsbeiträgen wird allerdings nicht entsprechend um den Störungszeitraum verlängert (siehe Abbildung 20). Ein zeitabhängiger Deckungsbeitrag kann also bei Vernachlässigung der tatsächlichen Kostenentstehung über die Dauer des Verzugs in diesem Fall zu einer Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten führen (bei geänderten Eingangsbedingungen damit auch genauso zu einer Überdeckung).<sup>275</sup>

<sup>272</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 899, Rdn. 68.

<sup>273</sup> Vgl. Poppmann (2004), S. 128 f.

<sup>274</sup> Vgl. Wanninger (2006), S. 45.

<sup>275</sup> Kumlehn/Freiboth (2006), S. 26 ff., haben am Beispiel eines Bauunternehmens mit stationären Fertigungseinrichtungen (Fertigteilhersteller, Stahlbauunternehmer) die Diskrepanz zwischen Entstehung des



**Abbildung 20:** Ganglinie der Bauleistung sowie der Deckung und Entstehung Allgemeiner Geschäftskosten über die Bauzeit

Durch die Betrachtung der tatsächlichen Beanspruchung des Gemeinkostenapparats wird die Vorgehensweise aus dem Nachweis der direkten Mehrkosten konsequent fortgesetzt, d. h. für alle von der Störung betroffenen Leistung und Kapazitäten ist die Dauer des Verzugs anhand des tatsächlichen Baugeschehens zu bestimmen. Hierfür müssen Einzelheiten zur Zusammensetzung der Allgemeinen Geschäftskosten und zur Verteilung über die Projektlaufzeit bekannt sein, damit der Einfluss einer Störung auf diese Kosten in Abhängigkeit vom Störungszeitpunkt beurteilt werden kann. Allerdings sind die Verteilung der Allgemeinen Geschäftskosten über die Projektlaufzeit und der geplante Erlös im Rahmen der Abrechnung aus dem üblicherweise verwendeten umsatzbezogenen Zuschlagswert nicht ersichtlich. Sie lassen sich auch nur mit zumeist unverhältnismäßigem Aufwand aus der Betriebsbuchhaltung anhand abgeschlossener Projekte abschätzen, d. h. also, die Preisermittlungsgrundlage für die Allgemeinen Geschäftskosten eines einzelnen Projekts ist für eine solche Vorgehensweise üblicherweise weder hinreichend dokumentiert noch lässt sie sich nachträglich ohne weiteres erstellen.<sup>276</sup>

Hauptteils Allgemeiner Geschäftskosten (während der Produktion) und der Vergütung durch hohe, weil umsatzbezogene Deckungsbeiträge (während der deutlich später liegenden Montage) herausgearbeitet.

<sup>276</sup> Vgl. Kumlehn (2004), S. 28 ff.

Eine kalkulatorische Bewertung der tatsächlichen Beanspruchung des Gemeinkostenapparats erfordert somit einen erheblichen Aufwand bezüglich der Dokumentation, der Aufgliederung und der Zuordnung einzelner Bestandteile Allgemeiner Geschäftskosten, der in der Regel nicht geleistet werden kann. Eine solch detaillierte Betrachtung der Allgemeinen Geschäftskosten lehnt sich an die Prozesskostenrechnung an, bei der Kosten im Bereich der Gemeinkosten grundsätzlich nicht als Zuschlag verrechnet, sondern verursachungsgerecht den einzelnen Aufträgen eines Unternehmens zugeordnet werden. Allerdings sind auch die Mehrkosten im Bereich der Allgemeinen Geschäftskosten bei der Entschädigungsberechnung nicht nach tatsächlichen Kosten, sondern nach den kalkulatorischen Ansätzen für die Leistungen des Gemeinkostenapparats zu bewerten, die zur Preisermittlung des Auftrags verwendet wurden.<sup>277</sup>

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass eine kalkulatorische Bewertung der tatsächlichen Beanspruchung des Gemeinkostenapparats zwar eine durchgängig einheitliche Bearbeitung der Mehrkostenansprüche bei der Entschädigungsberechnung ermöglicht, da auch sämtliche Leistungen und Kapazitäten des Gemeinkostenapparats durch eine bauablaufbezogene Untersuchung des tatsächlichen Bauablaufs untersucht und entsprechend der Vergütungssystematik nach kalkulatorischen Kostensätzen bewertet werden. In der Regel liegen jedoch – bedingt auch durch die vorherrschenden Kalkulationsverfahren – weder ausreichend Informationen zur Zusammensetzung noch zur Preisermittlungsgrundlage der Allgemeinen Geschäftskosten bezogen auf ein Projekt vor, so dass bei der praktischen Umsetzung dieser Vorgehensweise erhebliche Schwierigkeiten bestehen.

## 4.6 Zusammenfassung der Ergebnisse

Die ausführliche Diskussion der Entschädigungsberechnung an einem Beispiel hat gezeigt, dass zahlreiche Probleme bei der kalkulatorischen Bewertung eines gestörten Bauablaufs auftreten können. Für die bessere Übersichtlichkeit des Beispiels wurde eine vollständige Unterbrechung des Bauablaufs angenommen, die Anspruchsermittlung auf die in den Baustellengemeinkosten verrechneten Krankkapazitäten beschränkt und die Thematik bezüglich der Bewertung von Produktivitätsminderungen bei der Entschädigungsberechnung ausgegrenzt.

Der Informationsgehalt einer hinterlegten oder nachträglich vorgelegten Kalkulation als Dokumentation der Preisermittlung muss ausreichend hoch sein. Beispielsweise sollten zeitabhängige und zeitunabhängige Kosten getrennt und jeweils für einzelne Leistungen und Kapazitäten vorliegen, damit die direkten Mehrkosten in Abhängigkeit von der Dauer des Verzugs ermittelt werden können. Die Notwendigkeit einer getrennt für einzelne Leistungen und Kapazitäten durchzuführenden Entschädigungsermittlung und einer möglichst detaillierten Dokumentation der Preisermittlung wird auch daran deutlich, dass ansonsten ersparte

<sup>277</sup> Auch Noosten (2005), S. 106 ff., favorisiert die Prozesskostenrechnung bei der Ermittlung Allgemeiner Geschäftskosten, gibt jedoch auch zu bedenken, dass die Umstellung der Baubetriebsrechnung auf die Systematik der Prozesskostenrechnung mit erheblichem Aufwand verbunden ist.

Aufwendungen (in diesem Fall Reparaturkosten) nicht nachvollziehbar ermittelt werden können. Aufgrund der üblichen Kalkulationsmethoden, insbesondere mit der Verrechnung von Gemeinkosten über Zuschläge und der üblicherweise nur wenig detaillierten Aufgliederung der Baustellengemeinkosten ist für in dieser Kostenart verrechnete Leistungen oder Kapazitäten die vereinbarte Vergütung häufig nur schwer ermittelbar.

In der Praxis stimmt häufig die tatsächliche Ausführung der Leistung nicht mit den für die Angebots- und Vertragskalkulation gewählten Kalkulationsansätzen überein. Von geplanten Bauverfahren wird abgewichen oder der Auftragnehmer disponiert die Kapazitäten tatsächlich anders als ursprünglich geplant. Daher wurde im zweiten Szenario angenommen, dass laut Vertragskalkulation die Leistung mit einem Kran geplant, tatsächlich aber mit zwei Kranen ausgeführt wurde. Auf die Ermittlung der Dauer des Verzugs hat dies keine Auswirkungen, da stets das tatsächliche Baugeschehen zu untersuchen und darzustellen ist. Schwierigkeiten ergeben sich hingegen bei der Bewertung der tatsächlich eingesetzten Kapazitäten nach der vereinbarten Vergütung für ursprünglich anders geplante Kapazitäten. In diesem Fall ist analog zur Vorgehensweise bei der Vergütungsberechnung eine nachträgliche Kalkulation für den tatsächlichen Kapazitätseinsatz zu erstellen und dem vertraglichen Preisniveau anzupassen, so dass eine detaillierte Preisermittlungsgrundlage für die tatsächlich eingesetzten Kapazitäten ergibt. Hierbei ist unbedingt die zeitliche Planung für den Kapazitätseinsatz zu berücksichtigen, da die Ressourcenplanung maßgeblichen Einfluss auf die Preisermittlung hat (im vorliegenden Beispiel die gestaffelte Bereitstellung der vollen Krankapazitäten).

Bei der Ermittlung einer Entschädigung sind anspruchsmindernde Bestandteile in Form ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs von den ermittelten störungsbedingten Mehrkosten abzuziehen. Für die Bewertung ersparter Aufwendungen ist nach aktueller Rechtsprechung der tatsächliche Kostenverlauf heranzuziehen, d. h., auch hierfür ist in jedem Fall der tatsächliche Kapazitätseinsatz zu untersuchen. Allerdings besteht ein unter Umständen nicht zu unterschätzendes Prognoserisiko der tatsächlich ersparten Aufwendungen, da ersparte Aufwendungen eben nicht angefallen sind und somit nicht eindeutig zu bestimmen ist, wie hoch diese tatsächlich ausgefallen wären. Gibt es keine Anhaltspunkte für eine von den kalkulierten Kosten abweichende, tatsächliche Kostenentwicklung, kann auf die kalkulatorisch angesetzten Werte zurückgegriffen werden – in diesem Fall also aus der nachträglich für die tatsächliche Ausführung erstellten, dem Preisniveau der vereinbarten Vergütung angepassten Kalkulation.

Ein anderweitiger Einsatz der Kapazitäten wurde im dritten Szenario betrachtet. Hierzu wurde das vorhergehende Szenario erweitert und davon ausgegangen, dass ein Kran auf einer anderen Baustelle eingesetzt werden kann. Probleme bereiten insbesondere die Identifizierung des anderweitigen Einsatzes von Kapazitäten und die Bewertung der Höhe des anderweitigen Erwerbs. Einerseits muss dem Auftraggeber ermöglicht werden, die korrekte Berücksichtigung des anderweitigen Erwerbs zu beurteilen, andererseits kann vom Auftragnehmer nicht verlangt werden, umfassende Einblicke in die Geschäfts- und Preispolitik anderer Vertragsverhältnisse zu ermöglichen.

Zur Berechnung der Höhe anderweitigen Erwerbs wird vorgeschlagen, bei einem anderweitigen Einsatz der Kapazitäten zu niedrigeren Verrechnungssätzen als auf der gestörten Baustelle nur den tatsächlichen anderweitigen Erwerb zu berücksichtigen. Bei einem Einsatz zu höheren Verrechnungssätzen sollen hingegen, als Anreiz für den Auftragnehmer die temporär freigewordenen Kapazitäten möglichst wirtschaftlich anderweitig einzusetzen, die kalkulatorischen Verrechnungssätze der gestörten Baustelle verwendet werden, so dass dem Auftragnehmer zusätzliche Gewinne erhalten bleiben. Für den Auftraggeber bedeutet dies keinen Nachteil, da die ansonsten zu entschädigenden Mehrkosten für die betroffenen Kapazitäten im Idealfall vollständig kompensiert werden.

Die Bewertung schwer nachzuweisender Produktivitätsminderungen auf der Ersatzbaustelle infolge der temporär dort eingesetzten Kapazitäten und der Umgang mit zusätzlichen Kosten zur Ermöglichung anderweitigen Erwerbs sind weitere Schwierigkeiten, die auftreten können und bei einer schlüssigen und nachvollziehbaren Berechnung des entschädigungsmindernden anderweitigen Erwerbs berücksichtigt werden müssen.

Neben der Ermittlung direkter Mehrkosten infolge der Störung ist eine Deckungslücke der Allgemeinen Geschäftskosten infolge der Bauzeitverlängerung zu berücksichtigen. Ohne das komplexe Thema der Bewertung Allgemeiner Geschäftskosten bei Bauablaufstörungen in dieser Arbeit umfassend untersuchen zu können, wurde gezeigt, dass sowohl eine Zuschlagung der ermittelten direkten Mehrkosten mit dem prozentualen Zuschlagssatz als auch eine Ermittlung zeitabhängiger Deckungsbeiträge (proportional zum Umsatz) nicht zu einer abschließenden und zufrieden stellenden Berechnung des zu entschädigenden Betrags für Allgemeine Geschäftskosten führt.

Die Untersuchung der tatsächlichen Inanspruchnahme des Gemeinkostenapparats und die Bewertung der von der Störung betroffenen und in den Allgemeinen Geschäftskosten enthaltenen Leistungen und Kapazitäten zum vertraglich vereinbarten Preisniveau erfordert jedoch detaillierte Informationen zu den (meistens nur als prozentualer Zuschlagssatz in der Kalkulation angegebenen) Allgemeinen Geschäftskosten, die in dieser Form in den seltensten Fällen vorgelegt werden können. Insofern kann eine vereinfachte Berechnung mit einer prozentualen Bezuschlagung oder ermittelten zeitabhängigen Deckungsbeiträgen durchaus einen akzeptablen Kompromiss darstellen, obwohl nur bei der kalkulatorischen Bewertung der tatsächlichen Beanspruchung des Gemeinkostenapparats die leistungs- und kapazitätsbezogene Vorgehensweise wie bei den direkten Mehrkosten konsequent auf die Allgemeinen Geschäftskosten übertragen wird.



## 5 Systematischer Entschädigungsnachweis

Anhand des Beispiels wurden wesentliche Probleme bei der Berechnung der Entschädigungshöhe aufgezeigt. Ausreichende Informationen zur vertraglichen Preisermittlung sind eine wesentliche Voraussetzung, um direkte Mehrkosten infolge des Annahmeverzugs, aber auch ersparte Aufwendungen bestimmen und eine von der ursprünglichen Planung abweichende, tatsächliche Bauausführung anhand des Preisniveaus der vereinbarten Vergütung bewerten zu können. Häufig liegen diese Informationen zur Preisermittlung nicht oder nicht im benötigten Detaillierungsgrad vor. Auch bei der Anrechnung eines anderweitigen Einsatzes von Kapazitäten und der Berücksichtigung einer möglicherweise entstehenden Deckungslücke bei den Allgemeinen Geschäftskosten können Schwierigkeiten hinsichtlich der nachprüfaren Berechnung der Anspruchshöhe auftreten.

Im Folgenden werden die grundlegenden Anforderungen an den Entschädigungsnachweis und die Preisermittlungsgrundlage zusammengestellt und für die Geltendmachung einer Entschädigung eine schrittweise Vorgehensweise vorgeschlagen, um die einzelnen, zu entschädigenden Mehrkosten systematisch und nachprüfbar einschließlich anspruchsmindernder Anteile darzulegen und trotz gegebenenfalls auftretender Schwierigkeiten bei der kalkulatorischen Bewertung des tatsächlichen Bauablaufs eine möglichst objektive Einschätzung der Anspruchshöhe zu ermöglichen.

### 5.1 Zusammenstellung grundlegender Anforderungen

Der Auftragnehmer hat einige Anforderungen zur Begründung und zur Ermittlung der Höhe von Mehrkosten zu beachten, um die Angemessenheit des Anspruchs sowohl außergerichtlich gegenüber dem Auftraggeber als auch im Fall des Rechtsstreits zu belegen (zum Begriff der Angemessenheit siehe Kapitel 3.3.5). Diese Anforderungen umfassen sowohl die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen und die Führung des Nachweises als auch insbesondere die zur Anspruchsermittlung zur Verfügung stehende Preisermittlungsgrundlage.

#### 5.1.1 Nachweis des Anspruchs

Der Einfluss der Störung auf einzelne Leistungen und Kapazitäten sowie die weiteren zeitlichen Auswirkungen sind durch eine bauablaufbezogene Untersuchung darzustellen (siehe Kapitel 3.3.1). Da hierbei die gleichen Anforderungen wie beim Schadensnachweis gestellt werden, müssen für die Bestimmung der Dauer des Verzugs Ursache, Dauer und Umfang der Behinderung konkret nachgewiesen werden. Für weitergehende zeitliche Auswirkungen der Behinderung gilt, ebenso wie für die Berechnung der Entschädigungshöhe, dass Schätzungen möglich sind. Infolge der Anknüpfung des Entschädigungsanspruchs an die Vergütung ist jedoch nicht der tatsächliche Schaden nachzuweisen, sondern die vertraglich vereinbarte Vergütung für die störungsbedingten Mehrkosten der betroffenen Leistungen und Kapazitäten fortzuschreiben. Das mit der vertraglich vereinbarten Vergütung festgelegte

Preisniveau für die Erbringung einzelner Leistungen und die Bereitstellung von Kapazitäten ist somit für die Bewertung der finanziellen Auswirkungen der Störung maßgebend.

Nach § 642 BGB wird allerdings auch gefordert, nicht angefallene, ersparte Aufwendungen und einen durch anderweitigen Einsatz der Kapazitäten erwirtschafteten Erlös vom Entschädigungsanspruch abzuziehen. Die Darlegung ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs ist von besonderer Bedeutung, da zur Höhe dieser Anteile nur der Auftragnehmer Stellung nehmen kann und sie die verbleibende Entschädigung teilweise erheblich reduzieren können. Dem Auftraggeber muss es daher ermöglicht werden, die Höhe anspruchsmindernder Anteile beurteilen zu können. Dies sollte auch für ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb dadurch erfolgen, dass diese jeweils für einzelne Leistungen und Kapazitäten differenziert untersucht werden.

Der Entschädigungsanspruch muss schließlich nachprüfbar und schlüssig dargelegt werden. Da der Auftragnehmer die primäre Darlegungs- und Beweislast für die Höhe seiner Forderung trägt, können ähnliche Anforderungen hinsichtlich des subjektiven Informations- und Kontrollinteresses des Auftraggebers angesetzt werden, wie sie für eine Schlussrechnung gelten.<sup>278</sup> Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Übersichtlichkeit der Aufstellung, wie z. B. die Orientierung an den Positionen des Leistungsverzeichnisses und die Verwendung der vertraglichen Bezeichnungen einzelner Leistungen, aber auch hinsichtlich weiterer Abrechnungsnachweise. Maßgebend für die Beurteilung der Prüffähigkeit sind die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Auftraggebers, d. h. Umfang und Grad der Differenzierung müssen es ihm ermöglichen, sich vor einer Übervorteilung zu schützen.<sup>279</sup>

Durch das Anlegen der Maßstäbe für die Prüffähigkeit einer Schlussrechnung sind die Anforderungen an den Nachweis eines Entschädigungsanspruchs relativ hoch. Durch eine schlüssige, nachprüfbare und objektiv angemessene Entschädigungsforderung kann jedoch möglicherweise ein Entschädigungsanspruch durchgesetzt werden, obwohl sich die Vertragsparteien bei einem Entschädigungsanspruch infolge einer unterlassenen Mitwirkungshandlung und nachfolgend eingetretenen Annahmeverzugs meist in einer konfrontativen Situation befinden. Sollte es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommen, können die Erfolgsaussichten eines sorgfältig nach den oben genannten Kriterien aufbereiteten Entschädigungsanspruchs als deutlich besser angesehen werden.

### **5.1.2 Anforderungen an die Preisermittlungsgrundlage**

Die in Kapitel 5.2 folgende schrittweise Berechnung der angemessenen Entschädigungshöhe setzt detaillierte Informationen zur Preisermittlung voraus, da ansonsten weder der tatsächliche Kapazitätseinsatz noch ersparte Aufwendungen oder ein anderweitiger Einsatz der von einer Störung betroffenen Kapazitäten nachvollziehbar und schlüssig bewertet werden

---

<sup>278</sup> Vgl. Diehr (2004), S. 52, zur Abrechnung des vorzeitig gescheiterten Vertrags (Kündigung durch den Auftragnehmer) nach § 642 BGB.

<sup>279</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 1236 ff., Rdn. 12 ff. ; Ingenstau/Korbion (2004), S. 2431 ff., Rdn. 7 ff.

können. Erhebliches Streitpotential kann vermieden werden, wenn entsprechend detaillierte Informationen einer vor Vertragsschluss vereinbarten und hinterlegten Vertragskalkulation entnommen werden können. Eine nachträgliche Aufgliederung oder Erstellung der Preisermittlungsgrundlage lässt sich jedoch häufig nicht vermeiden, insbesondere da die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers für Einzelheiten seines Produktionsablaufs nicht eingeschränkt werden soll.

Grundsätzlich sollten Auftragnehmer darauf achten, dass in der hinterlegten Kalkulation die Ergebnisse der Vertragsverhandlungen eingearbeitet sind und die Art der Verrechnung sämtlicher Nachlässe und Ähnliches eindeutig nachzuvollziehen ist. Neben einer aussagekräftigen Vertragskalkulation umfasst die Preisermittlungsgrundlage aber darüber hinaus auch alle weiteren Faktoren, die die Preisbildung beeinflusst haben. Insbesondere zählen hierzu, wie in Kapitel 4 anhand der umdisponierten Krankapazitäten anschaulich dargestellt wurde, auch der Bemessungszeitraum für einzelne Leistungen und die Einsatzplanung der Kapazitäten (siehe auch Kapitel 4.1.3).

Hinsichtlich der dem Entschädigungsanspruch zugrunde gelegten Kalkulationsannahmen entstehen häufig Meinungsverschiedenheiten über beizubringende Nachweise, wenn die hinterlegte Dokumentation der Preisermittlung nicht detailliert genug ist. Dies gilt insbesondere für die Gemeinkosten. Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang, dass sich die beizubringenden Nachweise losgelöst von den tatsächlichen Kosten ausschließlich auf die vertraglich vereinbarte Vergütung zu beziehen haben. Eine nachträgliche Aufgliederung der Preisermittlungsgrundlage muss plausibel zu den vereinbarten Preisen führen.

Auftraggeber sollten daher bereits bei der Erstellung der Vergabeunterlagen darauf achten, den Umfang der in Baustellengemeinkosten zu kalkulierenden Teilleistungen zu minimieren. Zur Erhöhung der Informationsdichte über die vom Auftragnehmer kalkulierten Baustellengemeinkosten sollten Angaben zu den verschiedenen Teilleistungen, zu den eingesetzten Kapazitäten und deren Einsatzzeiten sowie zur Art der Umlage der Teilleistungen nachvollziehbar aufbereitet werden. Hierzu empfiehlt es sich, dass Auftragnehmer auch ihre im Zusammenhang mit der Angebotskalkulation aufgestellte Ermittlung der Baustellengemeinkosten beim Auftraggeber hinterlegen. Der Detaillierungsgrad der hinterlegten Preisermittlung sollte dem einer Ermittlung der Einzelkosten der Teilleistungen für Abrechnungspositionen entsprechen. Der Grad der Aufschlüsselung der Teilleistungen ist insbesondere dann zu erhöhen, wenn unterschiedliche Kapazitäten, Einsatzzeiten oder Arten der Verrechnung verwendet werden.

Die Probleme bei einer nachträglichen Aufschlüsselung oder Kalkulation der durch eine Umlage verrechneten Baustellengemeinkosten und der Bestimmung der Störungssensitivität einzelner Bestandteile könnten bereits bei der Ausschreibung einer Bauleistung weitgehend vermieden werden: Im Gegensatz zu Deutschland sind in Österreich durch die ÖNORM bei der Ausschreibung durch öffentliche Auftraggeber einmalige und zeitabhängige Kosten im Bereich der Baustellengemeinkosten zu trennen und in eigenständigen Positionen

abzufragen.<sup>280</sup> Darüber hinaus sind sie in zeitliche und/oder technische Abschnitte des Bauablaufs zu gliedern. Eine anhand derartiger Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitete Kalkulation führt dazu, dass einzelne Baustellengemeinkosten verursachungsgerecht dem Bauablauf zugeordnet werden und Klarheit über die kalkulierte Höhe einmaliger und zeitabhängiger Kosten besteht. Außerdem werden dadurch die umzulegenden Kosten, bei denen mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Verschiebung zwischen Kostenentstehung und Erlöszeitpunkt auftritt und es dadurch zu Nachteilen für die eine oder andere Vertragspartei kommen kann, auf die Allgemeine Geschäftskosten beschränkt.<sup>281</sup>

## 5.2 Schrittweise Berechnung des angemessenen Anspruchs

In Tabelle 13 ist eine systematische Vorgehensweise zur schlüssigen und nachvollziehbaren Ermittlung der Entschädigung bei Bauablaufstörungen in 8 Schritte aufgegliedert. Die Vorgehensweise von KAPELLMANN/MESSERSCHMIDT<sup>282</sup> (wie in Kapitel 3.3.2.1 dargestellt) wird unter Berücksichtigung der ausführlich diskutierten Probleme aus Kapitel 4 durch zwei vorbereitende Schritte erweitert und hinsichtlich der einzelnen, nachzuweisenden Entschädigungsbestandteile modifiziert.

In den ersten beiden Schritten erfolgen vorbereitende Maßnahmen durch die Feststellung der durch den Annahmeverzug betroffenen Leistungen und Kapazitäten sowie die Zuordnung und Aufbereitung relevanter Bestandteile der dokumentierten oder nachträglich erstellten Preisermittlungsgrundlage.

Im 3. Schritt werden durch die bauablaufbezogene Darstellung des tatsächlichen Baugeschehens die terminlichen Auswirkungen der Störung jeweils auf einzelne Leistungen und Kapazitäten ermittelt (Dauer des Verzugs), bevor im 4. Schritt mit Hilfe der Informationen der Preisermittlungsgrundlage (vereinbarte Vergütung) die störungsbedingten direkten Mehrkosten bewertet werden. Im 5. und 6. Schritt werden anspruchsmindernde Anteile in Form ersparter Aufwendungen bzw. durch anderweitigen Einsatz der Kapazitäten bestimmt.

Während störungsbedingt erhöhte oder zusätzliche Allgemeine Geschäftskosten wie direkte Kosten zu behandeln und daher im 4. Schritt mit einzubeziehen sind, wird durch den 7. Schritt sichergestellt, dass ein Ausgleich für die Deckungslücke der Allgemeinen Geschäftskosten infolge der verlängerten Ausführungszeiten erfolgt.

---

<sup>280</sup> In Deutschland ist eine getrennte Ausschreibung der Vorhaltekosten durch das Vergabehandbuch des Bundes ausgeschlossen (siehe Kapitel 4.1.2).

<sup>281</sup> Vgl. Wanninger (2006), S. 45 ff., mit Verweis auf die ÖNORM B 2061. Die von Schottke (2004) für die Deutsche Bahn AG entworfenen „Bewerbungsbedingungen Bauleistungen“ sehen die Abfrage definierter Kosteneigenschaften für einzelne Bestandteile der Baustellengemeinkosten vor. Damit erfolgt zwar eine vertragliche Festlegung über das Verhalten einzelner Kosten für den Fall einer Bauablaufstörung. Eine grundsätzliche Lösung des Problems der Umlage von Kosten erfolgt jedoch nicht, sondern nur eine Verbesserung des Umgangs mit Mehrkosten im Bereich dieser umgelegten Kosten. Durch eine Verringerung der umzulegenden Kosten in eigenen Positionen entsprechend einer Ausschreibung der Baustellengemeinkosten angelehnt an die ÖNORM bestünde keine Notwendigkeit Kosteneigenschaften zu definieren.

<sup>282</sup> Vgl. Kapellmann/Messerschmidt (2003), S. 908.

Abschließend werden im 8. Schritt die Bestandteile des Entschädigungsanspruchs für alle betroffenen Leistungen und Kapazitäten in übersichtlicher Form zusammengestellt. Durch eine sukzessive Bestimmung der Entschädigungsbestandteile – störungsbedingte Mehrkosten, ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb – für jede von einer Störung betroffene Leistung oder Kapazität ist die geforderte Nachvollziehbarkeit gewährleistet. Der Gesamtentschädigungsanspruch ergibt sich schließlich durch einfache Summation aller Teilent-schädigungen einzelner Leistungen und Kapazitäten sowie der Addition des errechneten Ausgleichs für die Allgemeinen Geschäftskosten.

Schritt	Vorgang
1. Schritt	Identifikation der vom Annahmeverzug betroffenen Leistungen und Kapazitäten
2. Schritt	Bereitstellung der Preisermittlungsgrundlage für die betroffenen Leistungen und Kapazitäten
3. Schritt	Bestimmung der Dauer des Verzugs und der weiteren terminlichen Auswirkungen der unterlassenen oder verspäteten Mitwirkungshandlungen auf den Planungs- und Bauablauf durch eine bauablaufbezogene Untersuchung
4. Schritt	Berechnung der störungsbedingten Mehrkosten anhand der vereinbarten Vergütung auf Grundlage der in Schritt 2 bestimmten Ermittlungsgrundlage und der in Schritt 3 ermittelten Dauer des Verzugs
5. Schritt	Berechnung der ersparten Aufwendungen
6. Schritt	Identifikation und Bewertung des anderweitigen Einsatzes einzelner Kapazitäten
7. Schritt	Berechnung der Deckungslücke für die Allgemeinen Geschäftskosten infolge des verlängerten Ausführungszeitraums
8. Schritt	Zusammenstellung des Entschädigungsanspruchs aus der Summe der direkten Mehrkosten aller betroffenen Leistungen und Kapazitäten, ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs sowie der zu deckenden Allgemeinen Geschäftskosten

**Tabelle 13:** Schrittweise Berechnung eines Entschädigungsanspruchs

### 5.2.1 Identifikation betroffener Leistungen und Kapazitäten (1. Schritt)

Ausgangspunkt der Entschädigungsberechnung ist stets die Identifikation der von einer unterlassenen Mitwirkungshandlung betroffenen Leistungen und Kapazitäten anhand der dem Vertrag zugrunde liegenden Soll-Termin- und Kapazitätsplanung. Insbesondere die in den Gemeinkosten kalkulierten Leistungen sind nicht als untrennbare Gesamtleistung zu betrachten. Sowohl für Baustellengemeinkosten als auch für Allgemeine Geschäftskosten können trotz der Verrechnung über undifferenzierte Umlagewerte verschiedene Teilleistungen mit gegebenenfalls unterschiedlichen Störungssensitivitäten identifiziert werden. Da eine Kapazitätsplanung üblicherweise durch den Auftragnehmer nur für interne Zwecke ausgearbeitet wird, ist zur Darlegung des Entschädigungsanspruchs für betroffene Kapazitäten nachträglich eine plausible Planung der Kapazitäten vorzulegen.

Die Identifikation der tatsächlich betroffenen Leistungen und Kapazitäten ist bereits zur Sicherung der Anspruchsgrundlage notwendig, da im Zusammenhang mit der erforderlichen Behinderungsanzeige vom Auftragnehmer der Umfang der Behinderung angegeben werden muss. Die Darlegung der im Einzelnen in der Ausführung behinderten Leistungen und Kapazitäten ist die Grundlage für die bauablaufbezogene Untersuchung und damit für die Ermittlung der Dauer des Verzugs und den Nachweis störungsbedingt anfallender Mehrkosten. Gleichzeitig werden durch die Anzeige der durch den Annahmeverzug betroffenen Kapazitäten auch diejenigen Kapazitäten identifiziert, für die gegebenenfalls ein anderweitiger Einsatz möglich ist.

### **5.2.2 Bereitstellung der Preisermittlungsgrundlage (2. Schritt)**

Für die identifizierten, von einer Störung betroffenen Leistungen ist die Dokumentation der vertraglichen Preisermittlung so aufzubereiten, dass eine geeignete Ermittlungsgrundlage für die Entschädigungsberechnung entsteht. Hierzu müssen für die betroffenen Leistungen und Kapazitäten sowohl die Zusammensetzung als auch die Höhe der Kosten im Einzelnen dargelegt werden. Darüber hinaus sind auch die Kosteneigenschaft (einmalig, zeit- oder umsatzabhängig) und der Bemessungszeitraum für die jeweils gestörte Leistung auszuweisen. Für die gestörten Kapazitäten ist der geplante Einsatzzeitraum differenziert je Kapazität zu berücksichtigen. Gerade für die den Gemeinkosten zugeordneten Kosten ist eine Identifizierung einzelner Bestandteile durch die übliche Kalkulationsmethodik mit kumulierten Zuschlagssätzen jedoch erschwert, so dass ein möglichst geringer Anteil umzulegender Kosten angestrebt werden sollte (siehe Kapitel 5.1.2).

Für den Nachweis zu entschädigender Mehrkosten ist eine ausreichend detaillierte Dokumentation der Preisermittlungsgrundlage Voraussetzung. Fehlt es im Einzelfall an einer entsprechenden Aufschlüsselung kann, gegebenenfalls auch von dritter Seite, beispielsweise durch Gutachter, durch eine Nachkalkulation und Anpassung der einzelnen Kalkulationsansätze an das maßgebende Preisniveau eine Ermittlungsgrundlage für die Entschädigungsberechnung erstellt werden. Sind in der Dokumentation der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage keine Anknüpfungspunkte zur Ermittlung der Mehrkosten vorhanden, sei es etwa durch eine Änderung des Kapazitätseinsatzes oder eine zusätzlich erforderliche, in dieser Form nicht kalkulierte Leistung, dann ist ebenfalls eine nachträgliche Kalkulation für die tatsächliche Ausführung, beispielsweise anhand allgemeingültiger Ermittlungssysteme, zu erstellen und dem vertraglichen Preisniveau anzupassen.

Der Preisniveaufaktor ist der Quotient aus den Kosten für die geplante Leistung bzw. Kapazität und den Kosten für die tatsächliche Leistung bzw. Kapazität. Bei der Feststellung des maßgebenden Preisniveaus ist zu beachten, dass in der Regel lediglich die Vergütung für eine Leistung insgesamt, aber nicht die Art der Ausführung im Einzelnen vereinbart ist. Die Ausführung der Leistung, also z. B. die zeitliche Planung und die Anzahl hierfür benötigter Kapazitäten, liegt innerhalb des vertraglichen vereinbarten Rahmens in der Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers. Bei der Bildung des Preisniveaufaktors ist daher der

im Zusammenhang mit der Aufbereitung der Preisermittlungsgrundlage bereits erwähnte Bemessungszeitraum durch eine Bestimmung des Preisniveaus für die gesamte Teilleistung bzw. den kompletten Einsatz der Kapazität zu berücksichtigen (siehe Kapitel 4.3.4.2).

### **5.2.3 Bestimmung der Dauer des Verzugs (3. Schritt)**

Im Rahmen der Entschädigungsberechnung ist ebenso wie beim Nachweis eines Schadens eine terminliche Bewertung des gestörten Planungs- und Bauablaufs durchzuführen. Hierbei ist das tatsächliche Baugeschehen maßgeblich, d. h. vertraglich vereinbarte Planungen sind um bereits eingetretene Änderungen fortzuschreiben und die tatsächlich zum Zeitpunkt des Beginns des Annahmeverzugs gestörten Leistungen und Kapazitäten sind zu betrachten. Für jede identifizierte, von der Störung betroffene Teilleistung oder Kapazität sind die Auswirkungen mit Hilfe einer planungs- und bauablaufbezogenen Untersuchung im Einzelfall zu ermitteln, da sich eine Störung unterschiedlich auswirken kann. Hierbei sind auch terminliche Folgen von auf der Baustelle ergriffenen Ausweicarbeiten und gegebenenfalls entstandene Produktivitätsminderungen zu bewerten.

Der konkrete Nachweis beschränkt sich auf die Darlegung des kausalen Zusammenhangs zwischen einer Behinderung und den betroffenen Leistungen bzw. Kapazitäten. Behinderungsursache (unterlassene Mitwirkungshandlung), Behinderungsdauer (Zeitraum des Annahmeverzugs) und Behinderungsumfang (von der Störung betroffene Leistungen und Kapazitäten) sind im Einzelnen zu beweisen. Die weiteren Folgen einer Behinderung sind hingegen grundsätzlich einer Schätzung zugänglich. Dies betrifft insbesondere auch die weiteren terminlichen Auswirkungen der Behinderungen auf den Planungs- und Bauablauf bzw. die zusätzlichen Vorhaltezeiten der eingesetzten Kapazitäten, d. h. also auch weitere Einflüsse wie etwa Wiederanlaufverluste nach Ende des Annahmeverzugs.

Voraussetzung für die Abgabe von Schätzungen ist wie beim Schadensnachweis, dass sie auf Grundlage greifbarer Anhaltspunkte beruhen. Es ist somit konkret nachzuweisen, dass sich terminliche Auswirkungen auf einzelne Leistungen bzw. Kapazitäten ergeben haben und somit der Zusammenhang zwischen einer Behinderung und entstandenem Mehraufwand zumindest wahrscheinlich ist. Schätzungen ohne Bezug zum tatsächlichen Geschehen sind unzulässig.

Auch bei den in den Gemeinkosten verrechneten Teilleistungen müssen die Auswirkungen von Störungen durch eine Bauablaufanalyse dargelegt werden. Für eine nachträgliche Aufschlüsselung der Gemeinkosten muss zunächst eine Einteilung in zeitabhängige und zeitunabhängige Kosten erfolgen, da sich Bauablaufstörungen in der Regel nur auf zeitabhängige Kostenbestandteile auswirken. Auf Grundlage der Aufschlüsselung der Gemeinkosten ist zu begründen, welche der als zeitabhängig kalkulierten Teilleistungen konkret und kausal von der vorgetragenen Störung beeinflusst wurden.

#### **5.2.4 Störungsbedingte Mehrkosten (4. Schritt)**

Für die Berechnung der Entschädigung sind in einem weiteren Schritt die störungsbedingten direkten Mehrkosten anhand der Dauer des Verzugs und der vereinbarten Vergütung zu beziffern. Mehrkosten ergeben sich hauptsächlich bei zeitabhängigen Kostenbestandteilen und sind analog zur Bestimmung der Dauer des Verzugs für jede einzelne betroffene Leistung und Kapazität nachzuweisen. Dieser detaillierte Nachweis ist insbesondere auch erforderlich, um einzelne zu ersparende Anteile oder den anderweitigen Einsatz der Kapazität schlüssig darlegen zu können. Zu den zu entschädigenden direkten Mehrkosten zählen grundsätzlich auch störungsbedingt anfallende zusätzliche Gemeinkosten (sowohl Baustellengemeinkosten als auch Allgemeine Geschäftskosten).

Die relevanten Kostenansätze zur Ermittlung der Mehrkosten sind der zuvor bereitgestellten und gegebenenfalls aufbereiteten Preisermittlungsgrundlage zu entnehmen. Dies gilt auch für Leistungen und Kapazitäten, die den Baustellengemeinkosten oder den Allgemeinen Geschäftskosten zugeordnet sind, durch die Störung beeinflusst werden und somit zusätzlich anfallen. Auf die besonderen Probleme der mangelnden Aufschlüsselung von Gemeinkosten bei der Preisermittlung und der infolge der Umlage nicht mehr verursachungsgerecht zuzuordnenden einzelnen Kosten wurde bereits eingegangen. Die zeitabhängigen Mehrkosten sind für die einzelnen Leistungen und Kapazitäten mit dem jeweiligen Faktor für die Dauer des Verzugs zu multiplizieren. Neben zeitabhängigen Kostenanteilen können zu den störungsbedingten Mehrkosten auch einmalige Kosten zählen, die erst infolge der Behinderung entstehen (siehe auch Kapitel 3.3.2).

#### **5.2.5 Ersparte Aufwendungen (5. Schritt)**

Nachdem die störungsbedingten Mehrkosten anhand der Dauer des Verzugs und der vereinbarten Vergütung ermittelt wurden, sind innerhalb der Mehrkosten verursachenden Leistungen und Kapazitäten Aufwendungen zu identifizieren, die erspart werden können. Als ersparte Aufwendungen kommen beispielsweise nicht anfallende Bestandteile der Lohnkosten (Auslösung, Fahrtkosten etc.) oder der Gerätekosten (Reparaturkosten) in Betracht. Der für die Feststellung ersparter Aufwendungen erforderliche Detaillierungsgrad der Preisermittlungsgrundlage geht über den zur Ermittlung der störungsbedingten Mehrkosten hinaus, da hierfür einzelne Bestandteile der zeitabhängigen Kosten, wie z. B. die kalkulierten Reparaturkosten pro Zeiteinheit, bekannt sein müssen.

Nach geltender Rechtsprechung ist zur Bewertung der ersparten Aufwendungen der tatsächliche Kostenverlauf zu berücksichtigen, wobei es ausreicht auf die kalkulatorisch angesetzten Kosten zurückzugreifen, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine hiervon abweichende Kostenentwicklung ergeben (siehe auch Kapitel 3.3.3.3). Ersparte Aufwendungen sind demnach in jedem Fall, ebenso wie die ermittelten Mehrkosten, für das tatsächliche Baugeschehen zu bestimmen. Die Feststellung der Kosten die bei ungestörter Durchführung des Auftrags tatsächlich entstanden wären und die nun erspart werden können, ist mit



einem Prognoserisiko für den Auftragnehmer verbunden, da niemand mit Sicherheit die Höhe nicht angefallener Kosten bestimmen kann.

Werden prognostizierte tatsächlich ersparte Kosten statt der kalkulierten Kosten für die tatsächliche Ausführung angesetzt, sollte durch den Auftragnehmer eine sorgfältige Untersuchung der Vertrauenswürdigkeit dieser Prognose erfolgen, insbesondere wenn dadurch die Entschädigung in erheblichem Umfang gemindert wird. Unsichere Anhaltspunkte für eine andere, tatsächliche Kostenentwicklung dürfen nicht zur Benachteiligung des Auftragnehmers führen, d. h. im Zweifel sollte die Bewertung ersparter Aufwendungen für die tatsächliche Bauausführung kalkulatorisch erfolgen und auf das Prognoserisiko nicht anfallender und damit nicht eindeutig zu bestimmender Kosten verwiesen werden.<sup>283</sup>

### 5.2.6 Anderweitiger Erwerb (6. Schritt)

Für die Bewertung des anderweitigen Erwerbs sind für alle von der Störung betroffenen Kapazitäten die Möglichkeiten eines alternativen Einsatzes zu untersuchen. Hierbei ist jeder anderweitige Einsatz der Kapazitäten zu berücksichtigen, der für den Auftragnehmer einen zusätzlichen wirtschaftlichen Nutzen bedeutet, der ohne die Störung nicht vorhanden gewesen wäre. Ein solcher zusätzlicher wirtschaftlicher Nutzen ist jedoch, beispielsweise bei einer Verstärkung der Kapazitäten auf einer Ersatzbaustelle zur Beschleunigung der dortigen Arbeiten, unter Umständen nur schwer zu beziffern.

Vor einem anderweitigen Einsatz der Kapazitäten sind die Aufrechterhaltung der Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers und benötigte Reaktionszeiten zur Wiederaufnahme der Arbeiten zwischen den Vertragsparteien abzuklären, da anderweitig eingesetzte Kapazitäten in der Regel nicht nach Belieben und kurzfristig verschoben werden können. Von den Vereinbarungen zur Disposition anderweitig eingesetzter Kapazitäten hängt der Zeitraum ab, der als Dauer für den anderweitigen Erwerb anzusetzen ist, insbesondere wenn der anderweitige Einsatz das Ende des Annahmeverzugs überschreitet.

Zusätzliche, zur Ermöglichung des anderweitigen Erwerbs erforderliche Aufwendungen oder eine verringerte Produktivität auf der Ersatzbaustelle sind bei der Berechnung des anderweitigen Erwerbs zu berücksichtigen. Hohe Anforderungen an die Dokumentation des anderweitigen Einsatzes, wie etwa zu Einsatzzeit, Einsatzbedingungen, Produktivität, Einfluss auf dort vorhandene Kapazitäten etc., sind daher notwendig, um die Höhe des anderweitigen Erwerbs auch für den Auftraggeber nachvollziehbar belegen zu können. Allerdings ist zu beachten, dass der anderweitige Einsatz in einem anderen Vertragsverhältnis erfolgt und der Auftragnehmer nicht verpflichtet werden kann, Details eines mit Dritten geschlossenen Vertrags offen zu legen.

Als anderweitiger Erwerb ist nach herrschender Meinung grundsätzlich der Betrag anzusetzen, der tatsächlich anderweitig erworben werden kann. Dadurch ist sichergestellt, dass bei

---

<sup>283</sup> Die kalkulatorische Bewertung ersparter Aufwendungen ist selbstverständlich nach der dem vertraglich festgelegten Preisniveau angepassten Kalkulation (wie für die Ermittlung der Mehrkosten) durchzuführen.

einem anderweitigen Einsatz zu Preisen unterhalb der Selbstkosten die entstehende Deckungslücke durch die verbleibende Entschädigung abgedeckt wird. Gleichzeitig würde dies jedoch auch bedeuten, dass ein höherer anderweitiger Erwerb durch besonders „gute“ Preise ebenfalls vollständig anzurechnen wäre. Der Auftragnehmer würde also von einem erfolgreichen wirtschaftlichen Handeln zunächst nicht profitieren und hätte somit keinen Anreiz für einen möglichst hohen anderweitigen Erwerb zu sorgen.

Daher wird vorgeschlagen, dass der Auftragnehmer den anderweitigen Erwerb in der Regel auf dem Preisniveau der gestörten Baustelle bewertet, aber den tatsächlichen anderweitigen Erwerb ansetzen kann, wenn dies für ihn günstiger ist. Dadurch entsteht dem Auftragnehmer kein Nachteil, wenn er seine Kapazitäten anderweitig unterhalb der Selbstkosten einsetzen muss, da der Verlust durch die Entschädigung gedeckt wird. Vielmehr besteht ein Anreiz die Kapazitäten möglichst gewinnbringend anderweitig einzusetzen, da ein durch höhere Verrechnungssätze als auf der gestörten Baustelle erwirtschafteter Gewinn beim Auftragnehmer verbleibt. Einzelne Details über die Preisgestaltung in anderen Vertragsverhältnissen muss der Auftragnehmer somit nur offenbaren, wenn er Verluste aufgrund eines anderweitigen Einsatzes unterhalb der Selbstkosten geltend machen will.

Für den Auftraggeber bedeutet diese Vorgehensweise keinen Nachteil, da die durch untätige Kapazitäten hervorgerufenen Mehrkosten auf der durch ihn gestörten Baustelle im günstigsten Fall komplett neutralisiert werden. Inwieweit eine solche Vorgehensweise einer gerichtlichen Prüfung standhielte, kann nicht beurteilt werden. Für eine außergerichtliche Klärung der Ansprüche dürfte diese Vorgehensweise jedoch einen für beide Vertragsparteien akzeptablen Kompromiss darstellen.

### **5.2.7 Deckung Allgemeiner Geschäftskosten (7. Schritt)**

Störungsbedingt zusätzlich anfallende Allgemeine Geschäftskosten sind wie direkte Mehrkosten infolge der Störung nachzuweisen, d. h., die von einer Störung betroffenen Bestandteile der Allgemeinen Geschäftskosten sind zu identifizieren (z. B. zusätzliche umfangreiche Ladearbeiten des Bauhofs). Die zu entschädigenden Mehrkosten können zum vertraglich vereinbarten Preisniveau anhand greifbarer Anhaltspunkte geschätzt werden und sind bereits in Schritt 4 mit eingeschlossen worden.

Neben zusätzlich anfallenden und wie direkte Kosten nachzuweisenden Allgemeinen Geschäftskosten muss die geplante Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten dem Auftragnehmer trotz der Störung erhalten bleiben. Schwierigkeiten ergeben sich hieraus, weil die Allgemeinen Geschäftskosten gleichzeitig umsatz- und zeitabhängig sind. Sie werden durch einen umsatzbezogenen Zuschlagssatz über die zu erbringende Bauleistung gedeckt, gleichzeitig ist eine bestimmte Deckung der Allgemeinen Geschäftskosten über die geplante Bauzeit einkalkuliert. Die Verteilung des Projektumsatzes über eine längere Bauzeit (z. B. infolge einer Unterbrechung) kann zu einer Deckungslücke führen, da die Produktionsfaktoren gebunden sind und somit nach Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Bauzeit um den zusätzlichen Zeitraum der Störung nicht anderweitigen Aufträgen zur Verfügung stehen. Eine um-

satzbezogene Bezuschlagung der störungsbedingten Mehrkosten löst dies aufgrund der Zeitabhängigkeit der Allgemeinen Geschäftskosten entstandene Problem nicht zufrieden stellend.

Die Ermittlung der zu deckenden Allgemeinen Geschäftskosten kann verursachungsgerecht erfolgen, indem die Teilleistungen innerhalb der Allgemeinen Geschäftskosten zusammengestellt, die Höhe der Kosten je Teilleistung benannt und die Kosteneigenschaften (zeitabhängig oder zeitunabhängig) angegeben werden. Hierbei sind gegebenenfalls Gruppierungen zu bilden, um einen sinnvollen und dem Nutzen angemessenen Detaillierungsgrad einzuhalten; die Tiefe der Gliederung hängt maßgeblich von der Unternehmensstruktur und dessen Rechnungswesen ab. Für sämtliche zeitabhängige Teilleistungen ist zusätzlich der zugrunde liegende Bemessungszeitraum anzugeben, so dass ein Ablaufplan und eine Art „Leistungsverzeichnis“ der Allgemeinen Geschäftskosten entstehen.<sup>284</sup> Die Eigenschaft der Allgemeinen Geschäftskosten, dass sie einer Baustelle nicht direkt zuzuordnen sind, wird damit zugunsten einer in Richtung des Prozesskostenansatzes gehenden verursachungsgerechten Zuordnung der Kosten aufgegeben. Im Prinzip werden sämtliche Leistungen des Gemeinkostenapparats wie direkte Kosten auf ihre Störungssensitivität untersucht und entsprechend in die Anspruchsberechnung einbezogen.

Durch den Ablaufplan wird die tatsächliche Kostenentstehung der Allgemeinen Geschäftskosten abgebildet und nicht die sich hiervon unter Umständen erheblich unterscheidende, allein aufgrund der verwendeten Kalkulationsmethodik mit prozentualen Verrechnungssätzen bestehende umsatzbezogene Deckung. Das erstellte „Leistungsverzeichnis“ beinhaltet zudem die individuelle Zusammensetzung der Allgemeinen Geschäftskosten. Durch die Verknüpfung von Ablaufplan und „Leistungsverzeichnis“ können Zeitabschnitte definiert werden, in denen bestimmte Allgemeine Geschäftskosten entstehen und deren Deckung somit im Fall einer Störung kalkulatorisch zu bestimmen ist (siehe auch Kapitel 4.5.3.3 zur ausführlichen Berechnung an einem Beispiel). Die verursachungsgerechte Zuordnung der Kosten empfiehlt sich insbesondere bei Unternehmen mit hohen Umlagebeträgen für Allgemeine Geschäftskosten.

Da Allgemeine Geschäftskosten in der Regel nur als prozentualer Zuschlagssatz vorliegen, sind für den Nachweis der Entschädigungshöhe für die Allgemeinen Geschäftskosten Ergebnisse der Betriebsbuchhaltung auszuwerten. Es sind allerdings nicht in jedem Fall sämtliche gemäß Betriebsbuchhaltung in den Allgemeinen Geschäftskosten verrechneten Teilleistungen zu belegen, sondern nur diejenigen, die für eine prüffähige Aufstellung der Entschädigungsberechnung notwendig sind. Der Auftraggeber muss mit Hilfe der aufgeschlüsselten Gemeinkosten beurteilen können, wie sich die von ihm zu vertretenden verspäteten oder unterlassenen Mitwirkungshandlungen auf bestimmte Teilleistungen ausgewirkt haben. Insbesondere bei einer nachträglichen Aufschlüsselung der Allgemeinen Geschäftskosten sollten Abweichungen von der typischen Zusammensetzung Allgemeiner Geschäftskosten vom Auftragnehmer plausibel beispielsweise durch unternehmens- oder branchenspezifische Besonderheiten begründet werden.

---

<sup>284</sup> Siehe hierzu auch Poppmann (2004), S. 124 ff.

Die verursachungsgerechte Ermittlung der Deckungslücke für Allgemeine Geschäftskosten kann bei Bauablaufstörungen generell rasch zu erheblichem Aufwand führen. Zudem können die umfangreichen benötigten Informationen zur Zusammensetzung und Verrechnung der den Allgemeinen Geschäftskosten zugeordneten Leistungen durch das unternehmensinterne Rechnungswesen häufig nicht bereitgestellt werden. Es ist also im Einzelfall zu klären, ob eine aufwendige Ermittlung mit Einbeziehung der tatsächlichen Kostenverursachung erforderlich ist oder ob ein vereinfachtes Verfahren wie z. B. über die Bezuschlagung der Mehrkosten mit prozentualen Zuschlagssätzen (siehe Kapitel 4.5.3.1) oder die Berechnung periodenbezogener Deckungsbeiträge (siehe Kapitel 4.5.3.2) gewählt werden kann. Dies kann u. a. vom Umfang der Allgemeinen Geschäftskosten (dargestellt durch die Höhe des Zuschlagssatzes), der Störungssensitivität der hierin verrechneten Bestandteile, der zu entschädigenden Mehrkosten oder auch vom Eintreten der Störung in Bezug zur auszuführenden Bauleistung (besonders umsatzschwache oder umsatzstarke Zeitabschnitte) abhängen.

### 5.2.8 Feststellung der angemessenen Entschädigung (8. Schritt)

Für eine schlüssige und nachvollziehbare Zusammenstellung des Entschädigungsanspruchs lässt sich die Berechnung in drei Bereiche unterteilen:

- Ermittelte Mehrkosten nach der Dauer des Verzugs und der vereinbarten Vergütung,
- Anrechnung ersparter Aufwendungen und anderweitigem Erwerbs,
- Deckung Allgemeiner Geschäftskosten.

Die Entschädigung ergibt sich aus der Verrechnung der zeitabhängigen Mehrkosten mit der zugehörigen Dauer des Verzugs und den gegebenenfalls zu berücksichtigenden einmaligen zusätzlichen Kosten. Zusätzliche Kosten können während der gesamten Dauer des Verzugs entstehen, dann sind sie unter den zeitabhängigen Mehrkosten zu erfassen und mit der Dauer des Verzugs zu verrechnen, oder auch einmalig anfallen.

Abziehen sind ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb, die jeweils über den zugehörigen Zeitraum, in dem sie anspruchsmindernd wirken, anzusetzen sind. Daneben können, wie bei den störungsbedingten Mehrkosten, auch ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb einmalig anspruchsmindernd wirken. Die Entschädigung der direkten Kosten ist für alle von der Störung betroffenen Leistungen und Kapazitäten separat zu ermitteln und anschließend aufzusummieren. Durch Addition der Summe mit den zur Schließung der Deckungslücke auszugleichenden Allgemeinen Geschäftskosten (ermittelt nach einer der in Kapitel 4.5.3 beschriebenen und im Einzelfall abzuwägenden Vorgehensweise) ergibt sich schließlich der Entschädigungsanspruch infolge einer Störung.

Die beschriebene systematische Berechnung einer Entschädigung wird durch die nachfolgende Formel ausgedrückt. Der Index  $k$  steht für die jeweilige von der Störung betroffene Leistung oder Kapazität. Die maximale Anzahl  $n$  der betroffenen Leistungen oder Kapazitäten ist nicht durch die Anzahl der ursprünglich geplanten Kapazitäten, sondern durch

die Anzahl der tatsächlich eingesetzten Kapazitäten bzw. tatsächlich durchgeführten Leistungen begrenzt.

$$ENT = \sum_{k=1}^n (M_k - A_k - E_k) + AGK$$

mit:

ENT	=	Entschädigungsbetrag
k	=	Leistung / Kapazität
n	=	Anzahl der von der Störung betroffenen Leistungen/Kapazitäten
M	=	störungsbedingte direkte Mehrkosten [€]
A	=	ersparte Aufwendungen [€]
E	=	anderweitiger Erwerb [€]
AGK	=	Allgemeine Geschäftskosten [€] <sup>285</sup>

wobei:

$$M_k = D_{M,k} M_{zeit,k} + M_{ein,k}$$

$$A_k = D_{A,k} A_{zeit,k} + A_{ein,k}$$

$$E_k = D_{E,k} E_{zeit,k} + E_{ein,k}$$

mit:

$D_M, D_A, D_E$	=	Auswirkung der Dauer des Verzugs für direkte Mehrkosten, ersparte Aufwendungen bzw. anderweitigen Erwerb [Zeit]
$M_{zeit}, A_{zeit}, E_{zeit}$	=	zeitabhängige direkte Mehrkosten, ersparte Aufwendungen bzw. anderweitiger Erwerb [€/Zeit]
$M_{ein}, A_{ein}, E_{ein}$	=	einmalige direkte Mehrkosten, ersparte Aufwendungen bzw. anderweitiger Erwerb [€]

Neben der nachvollziehbaren Berechnung des Entschädigungsbetrags sind zur Durchsetzung der Entschädigungsforderungen die erforderlichen Dokumente vorzulegen. Auf die entsprechenden Dokumente wurde bereits an verschiedenen Stellen hingewiesen, zusammengefasst sind dies:

- Dokumente zum konkreten Nachweis von Behinderungsursache, -dauer und -umfang,
- eine planungs- und bauablaufbezogene Darstellung des geplanten und tatsächlichen Geschehens insbesondere der Auswirkungen von Behinderungen und Nachträgen,
- Dokumente zum Nachweis der tatsächlichen Dauern von Aktivitäten und Einsatzzeiten von Kapazitäten und
- Dokumente zum Nachweis der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags bzw. des Vertragspreisniveaus sowie eine Kalkulation zum tatsächlichen Bauablauf.

Abschließend ist festzustellen, dass die in Kapitel 5.1 zusammengestellten Anforderungen an den Entschädigungsnachweis durch die vorgeschlagene schrittweise Berechnung der Entschädigung erfüllt werden:

<sup>285</sup> Der Betrag an zu entschädigenden Allgemeinen Geschäftskosten ist durch eine prozentuale Beaufschlagung der direkten Mehrkosten, eine Ermittlung zeitabhängiger, umsatzbezogener Deckungsbeiträge über den Störungszeitraum oder eine Untersuchung der tatsächlichen Beanspruchung des Gemeinkostenapparats zu ermitteln (siehe Kapitel 4.5)

- Es erfolgt eine bauablaufbezogene Darstellung des tatsächlichen Baugeschehens für jede von der Störung betroffene Leistung und Kapazität.
- Durch die Ermittlung des Preisniveaus der vereinbarten Vergütung werden Mehrkosten des tatsächlichen Baugeschehens kalkulatorisch bewertet.
- Ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb werden ebenso wie die störungsbedingten Mehrkosten einzeln für jede betroffene Leistung und Kapazität ermittelt und können durch die hohe Aufgliederung auch ohne umfangreiche Vorkenntnisse und Fähigkeiten vom Auftraggebers hinsichtlich ihrer Richtigkeit bewertet werden.
- Die Anspruchshöhe wird durch eine formalisierte Vorgehensweise sukzessiv zusammengetragen und kann übersichtlich mit den einzelnen Elementen der Entschädigung, z. B. tabellarisch, dargestellt werden, so dass eine schlüssige und nachprüfbare Darlegung gewährleistet ist.

### **5.3 Vergleich des Entschädigungsanspruchs mit dem Schadensersatzanspruch**

Mit der vorgestellten, schrittweisen Berechnung der angemessenen Entschädigung ist eine nachvollziehbare und schlüssige Darlegung des Anspruchs, unter Berücksichtigung der in Kapitel 4 erörterten praktischen Probleme, gegeben. Da die Entschädigung gemäß § 642 BGB nach derzeitiger Rechtsprechung bei der Verletzung von Vertragspflichten als alternative Anspruchsgrundlage zu einem Schadensnachweis nach § 6 Nr. 6 VOB/B zur Verfügung steht und der Auftragnehmer sich somit aussuchen kann, auf welcher Grundlage er seine Ansprüche geltend macht, sind die Vor- und Nachteile der Entschädigung gegenüber dem Schadensersatz aus Auftragnehmersicht abzuwägen.

Ebenso wie beim Schadensersatzanspruch ist auch bei der Entschädigung eine Behinderungsanzeige nach § 6 Nr. 6 VOB/B zu stellen. Die gerichtlichen Anforderungen an den adäquat-kausalen Nachweis von Behinderungsursache, -dauer und -umfang sind für den Entschädigungsnachweis genauso wie für den Schadensnachweis einzuhalten und führen dazu, dass aufgrund von Nachlässigkeiten oder Fehlern bei der Anzeige der Behinderung auch für die Entschädigung diese Anspruchsvoraussetzung nicht immer erfüllt wird. Die Problematik der ordnungsgemäßen und rechtssicheren Anzeige einer Behinderung besteht also für den Auftragnehmer auch für die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs.

Die zeitlichen Auswirkungen der Störung (also des Annahmeverzugs) sind beim Entschädigungsnachweis ebenso aufwendig durch eine bauablaufbezogene Untersuchung darzulegen wie beim Schadensersatz. Die Auswirkungen des Annahmeverzugs sind durch die Untersuchung des tatsächlichen Baugeschehens für einzelne Leistungen und Kapazitäten getrennt festzustellen, damit die für einzelne Leistungen und Kapazitäten möglicherweise unterschiedlichen Auswirkungen ebenso berücksichtigt werden wie Wiederanlaufverluste und weitere zeitliche Auswirkungen auf den Bauablauf infolge des Annahmeverzugs. Genauso wie bezüglich der Behinderungsanzeige bestehen auch für die bauablaufbezogene

Untersuchung der Störung und deren Auswirkungen keine Vor- oder Nachteile des Entschädigungsnachweises gegenüber dem Schadensnachweis. Allerdings ist die Erstattungs-fähigkeit der Kosten für zur Erfüllung der Nachweisanforderungen unter Umständen benötigter Sachverständiger bei der Entschädigung im Gegensatz zum Schadensnachweis aus rechtlicher Sicht bisher ungeklärt.

Wesentlicher Vorteil der Entschädigung gegenüber dem Schadensersatz ist, dass der Auf-traggeber lediglich eine zur Leistungserbringung erforderliche Mitwirkungshandlung unter-lassen haben muss. Es kommt also nicht wie beim Schadensersatz auf die Verletzung einer Vertragspflicht, sondern nur einer Obliegenheit des Auftraggebers an. Da oftmals Vertrags-pflichten nicht eindeutig oder nicht detailliert genug vereinbart werden, ist somit ein An-spruch aufgrund einer verletzten Obliegenheit vom Auftragnehmer einfacher nachzuweisen. Davon abgesehen stand vor der Entscheidung des BGH im Jahr 1999 (siehe Kapitel 2.4) in Fällen, in denen der Auftraggeber für einen reibungslosen Bauablauf Vorunternehmer nicht, nicht ausreichend oder zu spät koordiniert hat, überhaupt keine Anspruchsgrundlage zur Verfügung.

Als weiterer Vorteil des Entschädigungsanspruchs gilt, dass die Berechnung nach Vergü-tungsmaßstäben, also nach kalkulatorischen Grundlagen, erfolgt. Dadurch kann der Auftrage-nehmer wie bei Nachträgen zu geänderten oder zusätzlichen Leistungen anhand der Preis-ermittlungsgrundlage die Mehrkosten infolge des auftraggeberseitigen Annahmeverzugs ermitteln und muss nicht wie beim Schadensersatz jeden entstandenen und geltend gemachten Schaden zweifelsfrei und im Einzelnen durch entsprechende Belege nachweisen. Das beim Schadensersatz möglicherweise entstehende Problem, dass zwar infolge der Bauablaufstörung Mehrkosten auftreten, dieser tatsächliche Schaden jedoch nicht durch Rechnungen o. Ä. nachgewiesen und belegt werden kann, entfällt somit für den Auftragnehmer. Darüber hinaus sind durch den Bezug zur vereinbarten Vergütung auch für die Ermittlung der Mehrkosten die vertraglich vereinbarten Preise maßgebend, d. h., besonders „gute“ Preise werden auch für die Ermittlung der Mehrkosten in gleicher Weise fortgeschrieben. Dies kann sich im umgekehrten Fall, also bei besonders „schlechten“ Preisen, jedoch auch zum Nachteil für den Auftrage-nehmer auswirken.

Der in diesem Fall entstehende Nachteil kann zwar vom Auftragnehmer zumindest teilweise ausgeglichen werden, wenn die betroffenen Kapazitäten anderweitig zu deutlich besseren Konditionen eingesetzt werden können und nach der in den Kapiteln 4.4.6 und 5.2.6 beschriebenen Vorgehensweise ein über die vereinbarten kalkulatorischen Verrechnungssätze hinausgehender Vergabegewinn beim Auftragnehmer verbleibt. Trotzdem ist bei einer eher niedrigen vereinbarten Vergütung in den meisten Fällen der Schadensnachweis vorzuziehen, sofern dieser dem Grunde und der Höhe nach nachgewiesen werden kann, da hierbei die tatsächlich entstandenen Mehrkosten ohne Rücksicht auf das vereinbarte Preisniveau zu erstatten sind. Der Auftragnehmer muss also das Niveau seiner Preise mit den tatsächlich entstehenden Kosten vergleichen, um im Zweifel Vor- oder Nachteile der Entschädigung gegenüber dem Schadensersatz einschätzen zu können.

Die kalkulatorische Bewertung des tatsächlichen Baugeschehens für einzelne Leistungen und Kapazitäten erfordert eine detaillierte und durchdachte Preisermittlungsgrundlage. Wird die Preisermittlung insbesondere für die in den Gemeinkosten zusammengefassten Leistungen und Kapazitäten entsprechend den in Kapitel 5.1.2 genannten Anforderungen bei Vertragsschluss hinterlegt, sind die Informationen zur Fortschreibung störungsbedingter Mehrkosten überwiegend vorhanden. Kalkulationsansätze für zeitabhängige Kosten können der Vertragskalkulation direkt entnommen werden oder es können unter Einbeziehung einer Ressourcenplanung Preisniveaufaktoren für Leistungen und Kapazitäten gebildet werden, so dass gegebenenfalls eine Bewertung mit Hilfe allgemeingültiger Ermittlungssysteme wie bei der Vergütungsberechnung für zusätzliche Leistungen möglich ist.

Wesentliche Informationen zur Preisbildung, wie Zusammensetzung und Höhe einzelner Bestandteile der Gemeinkosten, eine Aufteilung in zeitabhängige oder zeitunabhängige Bestandteile oder auch die Ressourcenplanung, werden jedoch durch eine der üblichen Kalkulationsmethodik entsprechende Vertragskalkulation nicht wieder gegeben. Oftmals ist eine in dieser Form hinterlegte Kalkulation, die zumindest bei öffentlichen Auftraggebern mit der Angebotskalkulation notwendigerweise identisch ist, die einzige Dokumentation der Preisermittlung, so dass wichtige Informationen des Preisbildungsprozesses erst nachträglich dargelegt werden. Statt nur den tatsächlich entstandenen Schaden nachzuweisen, muss der Auftragnehmer also bei der Entschädigung gegebenenfalls nachträglich detaillierte Informationen zur häufig unter Zeitdruck erfolgten Preisbildung der betroffenen Leistungen und Kapazitäten darlegen, um die Ermittlung der Vertragspreise plausibel nachweisen und den darauf aufbauenden Entschädigungsanspruch nachvollziehbar berechnen zu können.

Weicht die tatsächliche Bauausführung von der ursprünglich geplanten, z. B. durch Umdisposition der Kapazitäten im Rahmen der Dispositionsfreiheit, ab, dann sind auch die der vereinbarten Vergütung zugrunde liegenden Preisermittlungsgrundlagen nur noch eingeschränkt zur kalkulatorischen Bewertung der störungsbedingten Mehrkosten nutzbar. In diesem Fall ist zunächst für die von der Störung betroffenen Kapazitäten das Preisniveau zu bestimmen, der tatsächliche Kapazitätseinsatz nachträglich zu kalkulieren und schließlich dem Preisniveau der vereinbarten Vergütung anzupassen. Insbesondere bei Umdispositionen, bei denen der Auftragnehmer bewusst höhere Kosten eingeht, als durch die vereinbarte Vergütung gedeckt sind (beispielsweise um den unternehmenseigenen Gerätepark auszulasten), hat dies zur Folge, dass auch die durch die längere Vorhaltezeit verursachten zeitabhängigen Mehrkosten nur zu dem vertraglich vereinbarten, niedrigeren Preisniveau berechnet werden. Für einen geltend gemachten Schaden, sofern er nachgewiesen werden kann, sind hingegen die tatsächlich entstandenen, in diesem Fall höheren Kosten maßgebend.

Die anspruchsmindernde Berücksichtigung ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs bei der Entschädigung ist für den Auftragnehmer unter Umständen mit Risiken verbunden. Als ersparte Aufwendungen sind nach derzeitiger Rechtsprechung tatsächlich ersparte Aufwendungen anzusetzen. Da diese Aufwendungen jedoch noch nicht angefallen sind, ist die Angabe deren tatsächlicher Höhe stets mit einem Prognoserisiko verbunden. Nur



wenn keine Anhaltspunkte für eine von der Kalkulation abweichende Kostenentwicklung vorliegen, darf auf kalkulatorische Werte zurückgegriffen werden. Beim Schadensnachweis sind hingegen konsequent ausschließlich tatsächlich entstandene, nachweisbare Kosten zu berücksichtigen, d. h., schadensmindernde Maßnahmen werden nur in dem Maß berücksichtigt, wie dadurch die Mehrkosten auch *tatsächlich* gemindert werden.

Der anderweitige Einsatz von Kapazitäten kann für den Auftragnehmer nachteilig sein, wenn die Kapazitäten anderweitig nur zu niedrigeren Preisen eingesetzt werden können. Zwar ist durch die in diesem Fall als Ausgleich verbleibende Entschädigung auf der gestörten Baustelle der anderweitige Einsatz zu gegebenenfalls nicht kostendeckenden Preisen ausgeglichen. Im Vertragsverhältnis des Ersatzauftrags ist der Auftragnehmer jedoch beispielsweise bei angeordneten Leistungsmodifikationen ebenfalls an diese niedrigen Preise gebunden. Darüber hinaus entstehen durch die zusätzlichen Kapazitäten möglicherweise wider Erwarten Produktivitätsminderungen auf der Ersatzbaustelle, die nur schwer nachzuweisen sind. Im Gegensatz zum Schadensersatz sind also bei der Entschädigungsberechnung auch Interaktionen mit anderen Baustellen und anderen Vertragsverhältnissen zu beachten.

Die Auswirkungen einer Störung auf die Deckung Allgemeiner Geschäftskosten bei der Entschädigungsberechnung sind schließlich ebenso unbefriedigend geklärt wie beim Schadensersatz. Da die Verrechnung der Allgemeinen Geschäftskosten durch eine Umlage einer verursachungsgerechten Zuordnung der Erlöse zu deren Entstehung prinzipiell entgegensteht, bestehen hinsichtlich der Berücksichtigung Allgemeiner Geschäftskosten bei der Entschädigung daher dieselben Probleme wie beim Schadensersatz.

Durch die detaillierte bauablaufbezogene Untersuchung aller betroffenen Leistungen und Kapazitäten und die Anforderungen an eine nachvollziehbare und schlüssige Zusammenstellung des Entschädigungsanspruchs ist der Bearbeitungsaufwand für den Nachweis eines Entschädigungsanspruchs nicht zwangsläufig geringer als bei einem Schadensnachweis. Der Aufwand hängt vielmehr direkt von der Qualität der bereits vorliegenden Preisermittlungsgrundlage, den Abweichungen des tatsächlichen Bauablaufs vom ursprünglich geplanten, dem Umfang der von der Störung betroffenen Leistungen und Kapazitäten sowie den Möglichkeiten des anderweitigen Einsatzes temporär ungenutzter Kapazitäten ab. Aus baubetrieblicher Sicht als vorteilhaft ist ein Entschädigungsanspruch im Fall verspäteter Vorunternehmerleistungen anzusehen, da zuvor in diesem Fall keinerlei Anspruchsgrundlage für den Auftragnehmer zur Verfügung stand und aufgrund der Verzögerung entstehende Mehrkosten somit nicht geltend gemacht werden konnten. Steht der Entschädigungsanspruch hingegen in Konkurrenz zu einem ebenfalls möglichen Schadensnachweis ist sehr genau zu prüfen, ob die Entschädigung aufgrund einer kalkulatorischen Bewertung des tatsächlichen Baugeschehens für den Auftragnehmer vorteilhafter ist als ein Nachweis des direkten Schadens.

## 6 Zusammenfassung

Bauablaufstörungen sind bei der Durchführung von Baumaßnahmen ein erfahrungsgemäß fast regelmäßig auftretendes Problem und können erhebliche zeitliche und/oder finanzielle Auswirkungen nach sich ziehen. Für die Geltendmachung von Mehrkostenansprüchen aufgrund auftraggeberseitig zu verantwortender Bauablaufstörungen kommt für den Auftragnehmer – bei Zugrundelegung eines VOB-Vertrags und in Abhängigkeit von der Ursache – neben einem Vergütungsanspruch infolge einer Modifizierung der vertraglichen Leistung (§ 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B) und einem Schadensersatzanspruch aufgrund einer schuldhaften Pflichtverletzung (§ 6 Nr. 6 VOB/B) auch ein Entschädigungsanspruch wegen unterlassener Mitwirkungshandlung in Betracht (§ 642 BGB).

Während für den Nachweis eines Vergütungs- oder Schadensersatzanspruchs in der Literatur ausführliche Erläuterungen existieren, sind die Ausführungen zur Entschädigungsermittlung relativ allgemein und es wird oftmals pauschal auf die Vergütungsberechnung für geänderte oder zusätzliche Leistungen verwiesen, da die Entschädigung durch den Bezug zur vereinbarten Vergütung als vergütungsähnlicher bzw. -gleicher Anspruch angesehen wird. Eine unmodifizierte Übertragung der Systematik zur Vergütungsberechnung erfüllt die an den Nachweis der Entschädigungshöhe gestellten Anforderungen einer schlüssigen und nachprüfaren Darlegung insbesondere der anspruchsmindernden Anteile nicht befriedigend. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, eine den speziellen Erfordernissen einer Entschädigung angepasste, systematische und rechtskonforme Vorgehensweise für einen schlüssigen und nachprüfaren Entschädigungsnachweis zu entwickeln.

Die bei Bauablaufstörungen zur Verfügung stehenden Anspruchsgrundlagen werden in Kapitel 2 hinsichtlich Anspruchsgrundlagen und Rechtsfolgen untersucht und miteinander verglichen. Obwohl es sich bei der Entschädigung um einen Anspruch mit Vergütungscharakter handelt, ist bei einem Entschädigungsanspruch ebenso wie beim Schadensersatz eine Behinderungsanzeige erforderlich. Für einen Entschädigungsanspruch genügt jedoch im Gegensatz zum Schadensersatz die Unterlassung einer zur Herstellung des Werks erforderlichen Mitwirkungshandlung, also bereits die Verletzung einer Obliegenheit, nicht erst einer Vertragspflicht, durch die es zu einem Annahmeverzug des Auftraggebers kommt. Außerdem muss für die Geltendmachung einer Entschädigung kein tatsächlicher Schaden entstanden sein.

Der Grund für Streitigkeiten über die angemessene Entschädigungshöhe liegt u. a. in der Anspruchskonkurrenz zum Schadensersatz bei Verletzungen von Vertragspflichten begründet, da der Auftragnehmer in diesen Fällen die Anspruchsgrundlage wählen kann. Die Berechnung der Anspruchshöhe für denselben vertragswidrigen Sachverhalt führt je nach Anspruchsgrundlage zu unterschiedlichen Ergebnissen, da die Berechnung für den Entschädigungsanspruch wie beim Vergütungsanspruch nach kalkulatorischen Kostenansätzen, für einen Schadensersatzanspruch hingegen nach tatsächlichen Kosten erfolgt.

Wie in Kapitel 3 dargestellt wird, ist für einen Entschädigungsanspruch mit dem gleichen Aufwand wie beim Schadensersatzanspruch zunächst eine bauablaufbezogene Untersuchung

des tatsächlichen Baugeschehens erforderlich. Die Dauer des Annahmeverzugs ist dabei nur ein Anhaltspunkt zur Ermittlung der zeitlichen Komponente für die Entschädigungsberechnung, da neben dem Annahmeverzug auch weitere zeitliche Folgen zu berücksichtigen sind. Die Berechnung der störungsbedingten Mehrkosten für die stillstehenden (tatsächlich eingesetzten, nicht kalkulatorisch eingeplanten) Produktionsmittel und zusätzliche, erst infolge der Störung auftretende Kosten erfolgt jedoch nicht wie beim Schadensersatzanspruch nach den tatsächlich entstandenen Kosten, sondern wie beim Vergütungsanspruch auf Grundlage der vertraglichen Preisermittlung. Plausibilität, Detaillierungsgrad und Vollständigkeit der Preisermittlungsgrundlage sind für die Entschädigungsberechnung somit von gleicher zentraler Bedeutung wie für die Vergütungsberechnung.

Von den für die Entschädigung ermittelten störungsbedingten Mehrkosten sind ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb abzuziehen. Da dem Auftraggeber ermöglicht werden muss, nachweisen zu können, dass die vom Auftragnehmer angesetzten Abzüge nicht korrekt sind, müssen die Grundlagen zur Ermittlung dieser Beträge ausreichend transparent vorliegen. Nach aktueller Rechtsprechung ist bei den von der Störung betroffenen Leistungen und Kapazitäten die tatsächliche Kostenersparnis einzelner Bestandteile zu berücksichtigen, wobei allerdings für den Auftragnehmer unter Umständen ein nicht zu unterschätzendes Prognoseisiko beim Ansetzen tatsächlich ersparter Aufwendungen besteht. Für den anderweitigen Erwerb ist jeder Einsatz der freigewordenen Kapazitäten zu berücksichtigen, durch den ein zusätzlicher wirtschaftlicher Nutzen entsteht und durch den somit die Mehrkosten anderweitig abgedeckt werden können. Die Feststellung der tatsächlichen Wirtschaftlichkeit des anderweitigen Einsatzes und die Berücksichtigung möglicher negativer Auswirkungen durch den anderweitigen Einsatz können jedoch Schwierigkeiten bereiten.

Probleme der Entschädigungsberechnung bei der praktischen Anwendung werden in Kapitel 4 mit Hilfe eines einfachen Beispiels ausführlich diskutiert. Hierbei wird deutlich, dass die Voraussetzungen für eine transparente Entschädigungsberechnung, die die Angemessenheit von Mehrkostenansprüchen aufgrund von Bauablaufstörungen auch für den Auftraggeber nachvollziehbar machen, bereits bei der Vergabe und der Vertragsgestaltung geschaffen werden sollten, damit der Preisbildungsprozess in eindeutiger Form und ausreichend dokumentiertem Umfang Bestandteil des Vertrags wird.

In der Regel ist die Preisermittlung, insbesondere für einzelne Bestandteile der Baustellengemeinkosten, durch eine gegebenenfalls hinterlegte Vertragskalkulation nicht ausreichend dokumentiert, um damit die zu entschädigenden Mehrkosten zu berechnen. Aufgrund der Verrechnung als undifferenzierter Betrag für Baustellengemeinkosten und der üblicherweise verwendeten Kalkulationsmethodik mit einer Umlage dieser Kosten erfolgt weder eine Aufgliederung in zeitabhängige und zeitunabhängige Kosten, noch können einzelne Kalkulationsansätze zur Ermittlung störungsbedingter Mehrkosten oder zu ersparender Anteile (z. B. der Reparaturkosten) entnommen werden. Die zur Preisermittlung verwendeten Kalkulationsansätze sind dann nachträglich plausibel darzulegen, um die störungsbedingten Mehrkosten und ersparte Aufwendungen für die Entschädigung berechnen zu können.

Erheblich erschwert wird der Mehrkostennachweis, wenn der Auftragnehmer aufgrund seiner Dispositionsfreiheit beispielsweise andere Kapazitäten einsetzt, als der Preisermittlung ursprünglich zugrunde lagen. Durch die geforderte bauablaufbezogene Untersuchung des tatsächlichen Baugeschehens wird die Dauer des Verzugs zwar automatisch für die tatsächlich eingesetzten Kapazitäten bestimmt. Die anzusetzenden Verrechnungssätze für die Ermittlung der störungsbedingten Mehrkosten können jedoch nicht der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage entnommen werden.

Analog zur Vorgehensweise bei der Vergütungsberechnung ist in diesem Fall eine nachträgliche Kalkulation des tatsächlichen Geräteeinsatzes zu erstellen und mit Hilfe von Preisniveaufaktoren der vereinbarten Vergütung anzugleichen. Für die Ermittlung des Preisniveaus sind sämtliche Einflussfaktoren auf die Preisbildung zu beachten, insbesondere die Terminplanung für die Leistungserbringung und den Kapazitätseinsatz. Eine detaillierte Ressourcenplanung ist jedoch üblicherweise nicht hinterlegt, so dass die zur Preisermittlung angesetzten Vorhaltezeiten der einzelnen Kapazitäten nachträglich schlüssig dargelegt werden müssen, um das Preisniveau der vereinbarten Vergütung bestimmen zu können. Durch eine Konzentration der Kosten zur Leistungserstellung auf kürzere Zeiträume können sich unter Umständen für die tatsächliche Bauausführung auch höhere zeitabhängige Kostenansätze ergeben (im umgekehrten Fall gilt dies jedoch ebenso).

Dem Auftraggeber muss es durch eine transparente Nachweisführung ermöglicht werden die Richtigkeit der Höhe der angesetzten ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs beurteilen zu können. Dies gilt insbesondere, wenn gar keine anspruchsmindernden Anteile angesetzt wurden, die ersparten Aufwendungen (aufgrund nicht belastbarer Anhaltspunkte für eine andere tatsächliche Kostenentwicklung) nach kalkulierten Verrechnungssätzen bestimmt oder durch geringere Verrechnungssätze beim anderweitigen Einsatz nur ein Teil der Kosten für die betroffenen Kapazitäten gedeckt werden. Vom Auftragnehmer kann jedoch nicht verlangt werden, dass er umfassenden Einblick in seine Geschäfts- und Auftragsstruktur sowie seine Preispolitik gegenüber anderen Auftraggebern gewährt. Zur Berechnung der Höhe anderweitigen Erwerbs wird daher vorgeschlagen, dass der Auftragnehmer, als Anreiz für einen möglichst hohen anderweitigen Erwerb, diesen nach der Preisermittlungsgrundlage der gestörten Baustelle bewertet, aber den tatsächlichen anderweitigen Erwerb ansetzen kann, wenn es für ihn günstiger ist.

Zusätzlich zu den direkten Mehrkosten ist auch die durch eine Bauablaufstörung entstehende Deckungslücke der Allgemeinen Geschäftskosten in die Entschädigungsberechnung mit einzubeziehen. Dies kann durch eine prozentuale Bezuschlagung der direkten Mehrkosten mit dem vertraglichen Zuschlagssatz, zeitabhängige, proportional zum Umsatz ermittelte Deckungsbeiträge oder die ausführliche Untersuchung der tatsächlichen Inanspruchnahme des Gemeinkostenapparats und die kalkulatorische Bewertung der innerhalb der Allgemeinen Geschäftskosten von der Störung betroffenen Leistungen und Kapazitäten geschehen. Einem aufgrund der Verschiebung zwischen Erlöszeitpunkt und Zeitpunkt des Kostenanfalls möglicherweise nicht korrekten Ausgleich der Deckungslücke durch die beiden erstgenannten

Methoden stehen ein unter Umständen erheblicher Nachweisaufwand und umfangreiche, durch das unternehmensinterne Rechnungswesen bereitzustellenden Angaben für die letztgenannte Methode entgegen.

Entscheidend für die Durchsetzbarkeit des angemessenen Entschädigungsanspruchs ist die transparente Darlegung aller Umstände und Auswirkungen der Störung, eine detailliert aufgegliederte Preisermittlungsgrundlage sowie eine in nachvollziehbarer und schlüssiger Art und Weise aufbereitete Berechnung der Anspruchshöhe. Basierend auf der theoretischen Betrachtung der Entschädigung, den erörterten Problemen einer Entschädigungsberechnung bei der praktischen Anwendung sowie den hierzu erarbeiteten Lösungsansätzen wird daher eine systematische und nachprüfbare Vorgehensweise zum Nachweis der Anspruchshöhe in 8 Schritten vorgeschlagen.

Für die von einer unterlassenen Mitwirkungshandlung mit darauf folgendem Annahmeverzug betroffenen und identifizierten Leistungen und Kapazitäten ist zunächst die Preisermittlungsgrundlage durch Offenlegung der Vertragskalkulation und weiterer preisbeeinflussender Faktoren bereitzustellen oder nachträglich plausibel darzulegen. Nachträglich zu kalkulierende geänderte Kapazitäten oder zusätzliche Leistungen sind dem vertraglichen Preisniveau mit Hilfe von Preisniveaufaktoren anzupassen. Die Dauer des Verzugs ist für jede von der Störung betroffene Leistung und Kapazität getrennt zu ermitteln. Mit dem gleichen Detaillierungsgrad sind die Zeiträume zu bestimmen, in denen Aufwendungen erspart oder Kapazitäten anderweitig eingesetzt werden konnten. Die Verrechnung der maßgeblichen Zeiträume mit den anzusetzenden Kostensätzen erfolgt separat für jede von der Störung betroffene Leistung und Kapazität. Die Entschädigung ergibt sich schließlich aus der Summe aller störungsbedingten direkten Mehrkosten, abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs sowie zuzüglich des zu ermittelnden Entschädigungsanteils für Allgemeine Geschäftskosten.

In der vorliegenden Arbeit ist die beispielhafte Berechnung der Entschädigung auf eine vollständige Unterbrechung des Bauablaufs und die Untersuchung der Krankkapazitäten beschränkt. Die nähere Betrachtung sich überlagernder Störungen, eines nicht vollständig unterbrochenen Bauablaufs, auftretender Wiederanlaufverluste nach Beendigung des Annahmeverzugs oder auch von meist deutlich flexibler als Krankkapazitäten disponierbaren Personalkapazitäten kann einige weitere Probleme der Bewertung aufwerfen, deren Lösbarkeit mit der vorgeschlagenen Berechnungssystematik noch zu verifizieren ist. Die Berechnung der Entschädigung sowohl bei einem nicht vollständig unterbrochenen Bauablauf als auch bei Wiederanlaufverlusten tangiert die prinzipiell bei Bauablaufstörungen auftretende komplexe Problematik der Bewertung von Produktivitätsminderungen. Insbesondere die Darlegung der kausalen Kette von der Störung bis zur Produktivitätsminderung, der Nachweis der Höhe bestimmter Produktivitätseinbußen und die Bewertung anhand der Preisermittlungsgrundlage sind Aspekte, die einer weiteren Untersuchung bedürfen.

## Literaturverzeichnis

### **BGL (2001)**

BGL – Baugeräteliste 2001: Technisch-wirtschaftliche Baumaschinendaten. 1. Aufl. Hauptverband der Deutschen Bauindustrie (Hrsg.). Wiesbaden ; Berlin : Bauverlag, 2001

### **Biermann (2005)**

Biermann, M.: Nachtragsberechnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B, § 6 Nr. 6 VOB/B und § 642 BGB: Gemeinsamkeiten und Unterschiede. <http://www.ibr-online.de>. Stand der Seite: 05/2005; Tag des Downloads: 05.12.2005

### **Boldt (2006)**

Boldt, A.: Bauverzögerungen aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers: Ist § 6 Nr. 6 VOB/B bedeutungslos? In: Baurecht (BauR): Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht. Düsseldorf : Werner Verlag (2006), Nr. 1a, S. 185-202

### **Diederichs (1989)**

Diederichs, C. J.: Die Berechnung der neuen Preise gemäß § 2 Nr. 3, 5 und 6 VOB/B nach baubetrieblichen Grundsätzen. In: Seminar Vergütungsansprüche aus Nachträgen – Ihre Geltendmachung und Abwehr, Rechtliche Probleme in Einzelbeiträgen. Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V. (Hrsg.). Wiesbaden ; Berlin : Bauverlag (1989), S. 168-185

### **Diehr (2004)**

Diehr, U.: Das Recht des VOB-Vertrages Teil 9/18: Kündigung durch den Auftragnehmer. In: tis – Tiefbau Ingenieurbau Straßenbau. Gütersloh : Bauverlag (2004), Heft 12, S. 50-53

### **Drees/Paul (2002)**

Drees, G. ; Paul, W.: Kalkulation von Baupreisen: Hochbau, Tiefbau, Schlüsselfertiges Bauen, mit kompletten Berechnungsbeispielen. 7. erw. u. akt. Aufl. Berlin : Bauwerk Verlag, 2002

### **Dreier (2001)**

Dreier, F.: Nachtragsmanagement für gestörte Bauabläufe aus baubetrieblicher Sicht. Cottbus, Universität, Diss., 2001

### **Drittler (1999)**

Drittler, M.: Behinderungsschaden des Auftragnehmers nach § 6 Nr. 6 VOB/B : Gehören Allgemeine Geschäftskosten dazu? In: Baurecht (BauR): Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht. Düsseldorf : Werner Verlag (1999), Heft 8, S. 825-829

**Drittler (2006)**

Drittler, M.: Gestörter Bauablauf: Anforderungen an die Kausalitätsnachweise zu den Behinderungsfolgen Bauzeitverlängerung und Produktivitätsverlust als Schätzgrundlage nach § 287 ZPO in der bauablaufbezogenen Nachweisführung. In: Jahrbuch Baurecht 2006 – Aktuelles, Grundsätzliches, Zukünftiges. K.D. Kapellmann ; K. Vygen (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag (2006), S. 237-286

**Duve/Richter (2006)**

Duve, H. ; Richter, R.: Kausalitätsfragen bezüglich eines gestörten Bauablaufes. In: Baurecht (BauR): Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht. Düsseldorf : Werner Verlag (2006), Heft 4, S. 608-619

**Eplinius (1931)**

Eplinius, B.: Der Bauvertrag auf der Grundlage von Erläuterungen zur Verdingungsordnung für Bauleistungen (DIN 1960 und 1961). Berlin : Heymanns, 1931

**Franz (2003)**

Franz, B.: Wer die Qual hat, hat die Wahl: Gestörter Bauablauf nach §§ 2 und 6 sowie §642 BGB. In: Schriftenreihe des IBB : Sonderfragen des gestörten Bauablaufs. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2003), Heft 35, S. 107-120

**Franz/Freudenberg/Keskari (1997)**

Franz, R. ; Freudenberg, H. ; Keskari, L.: Kommentar DIN 18330 und DIN 18299. Ausgabe Juni 1996. Köln : R. Müller, 1997

**Fuchs (2004)**

Fuchs, H.: Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien. 1. Aufl. In: Baurechtliche Schriften. Band 58. H. Korbion ; H. Locher (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag, 2004

**Genschow (2004)**

Genschow, C.: Anordnungen zur Bauzeit: Vergütungs- oder Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers? (zugleich eine Entgegnung auf Thode, ZfBR 2004, Seite 214 ff.). In: ZfBR : Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht. Gütersloh : Bauverlag, 2004, Heft 7, S. 642-644

**Genschow/Stelter (2004)**

Genschow, C. ; Stelter, O.: Störungen im Bauablauf: Problemlösungen – Schritt für Schritt – an einem Praxisbeispiel dargestellt. Düsseldorf : Werner Verlag, 2004

**Heiermann/Riedl/Rusam (2003)**

Heiermann, W. ; Riedl, R. ; Rusam, M.: Handkommentar zur VOB: Teile A und B : Rechtsschutz im Vergabeverfahren. 10. völlig neu bearb. u. erw. Aufl. Wiesbaden : Vieweg Verlag, 2003

**Heilfort (2003)**

Heilfort, T.: Ablaufstörungen in Bauprojekten: Einflussfaktoren für die Terminsicherung im Bauprojektmanagement. In: Aus Forschung und Praxis – Schriftenreihe des Instituts für Baubetriebswesen der Technischen Universität Dresden, Band 3. Prof. Dr.-Ing. R. Schach (Hrsg.). Diss., Renningen : Expert-Verlag, 2003

**Ingenstau/Korbion (2004)**

Ingenstau, H. ; Korbion, H.: VOB Teile A und B : Kommentar. 15. überarb. u. erw. Aufl. H. Locher ; K. Vygen (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag, 2004

**Kapellmann (2006)**

Kapellmann, K. D.: Behinderungen erfolgreich managen: ein Beitrag zur Ergebnisverbesserung. Unterlagen zum Stuttgarter Baurechtstag 2006. Stuttgart, 2006

**Kapellmann/Messerschmidt (2003)**

Kapellmann, K. D. ; Messerschmidt, B. (Hrsg.): VOB Teile A und B – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen. 1. Aufl. München : Beck Verlag, 2003

**Kapellmann/Schiffers (2000a)**

Kapellmann, K. D. ; Schiffers, K.-H.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag. Band 1: Einheitspreisvertrag. 4. völlig neu bearb. u. erw. Aufl. Düsseldorf : Werner Verlag, 2000

**Kapellmann/Schiffers (2000b)**

Kapellmann, K. D. ; Schiffers, K.-H.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag. Band 2: Pauschalvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau. 3. neu bearb. und erw. Aufl. Düsseldorf : Werner Verlag, 2000

**Keil/Martinsen (2004)**

Keil, W. ; Martinsen, U.: Kostenrechnung für Bauingenieure. 10. neu bearb. u. erw. Aufl. München ; Unterschleißheim : Werner, Wolters Kluwer Deutschland, 2004

**Kniffka (2000)**

Kniffka, R.: Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abrechnung nach Kündigung des Bauvertrags. In: Jahrbuch Baurecht 2000 – Aktuelles, Grundsätzliches, Zukünftiges. K. D. Kapellmann ; K. Vygen (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag (2000), S. 1-21

**Kniffka (2006)**

Kniffka, R.: Das gesetzliche Bauvertragsrecht. ibr-online-Kommentar, § 642 BGB Rdn. 2-71 und § 649 BGB Rdn. 2-121. <http://www.ibr-online.de>. Stand der Seite: 10.04.2006; Tag des Downloads: 07.08.2006

**Kniffka/Koeble (2004)**

Kniffka, R. ; Koeble, W.: Kompendium des Baurechts: privates Baurecht und Bauprozess. 2. Aufl. München : Beck Verlag, 2004



**Kraus (2000a)**

Kraus, S.: Behinderungsanzeige: Welche Anforderungen sind an sie zu stellen und wann ist sie entbehrlich? In: IBR – Immobilien- & Bauerecht. Mannheim : id-Verlag (2000), S. 218

**Kraus (2000b)**

Kraus, S.: Bauverzögerung durch Vorunternehmer. In: Baurecht (BauR): Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht. Düsseldorf : Werner Verlag (2000), Heft 8, S. 1105-1110

**Kuhne/Kattenbusch (2005)**

Kuhne, V. ; Kattenbusch, M.: Neue Wege in der baubetrieblichen Kostenermittlung : mehr Transparenz in der Preisbildung. <http://www.ibr-online.de>. Stand der Seite: 07/2005; Tag des Downloads: 27.07.2005

**Kumlehn (2003)**

Kumlehn, F.: Problemfelder bei der Bewertung von Bauablaufstörungen. In: Schriftenreihe des IBB: Sonderfragen des gestörten Bauablaufs. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2003), Heft 35, S. 1-34

**Kumlehn (2004)**

Kumlehn, F.: Bewertung gestörter Bauabläufe der Höhe nach: Geht mit § 642 BGB für Auftragnehmer alles einfacher? In: Baumarkt + Bauwirtschaft. Gütersloh : Bauverlag (2004), Heft 9, S. 28-33

**Kumlehn (2005)**

Kumlehn, F.: Geänderte und zusätzliche Leistungen: Geht es auch ohne Streit um die angemessene Vergütung? In: Baumarkt + Bauwirtschaft. Gütersloh : Bauverlag (2005), Heft 9, S. 30-37

**Kumlehn/Freiboth (2006)**

Kumlehn, F. ; Freiboth, A.: Nachweis von Gemeinkosten bei Nachträgen zum gestörten Bauablauf: Ein Beitrag zur Streitvermeidung. In: Baumarkt + Bauwirtschaft. Gütersloh : Bauverlag (2006), Heft 6, S. 27-29, Heft 7, S. 26-29

**Lang (1999)**

Lang, A.: Baubetrieblicher Nachweis von Behinderungen/Störungen und Nachweis der daraus resultierenden Bauzeitverzögerung. 1. Aufl. In: Bauen Planen Recht : Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag. A. Schulze-Hagen ; M. Brößkamp (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag (1999), S. 220-223

**Lang/Rasch (2002)**

Lang, A. ; Rasch, D.: Allgemeine Geschäftskosten bei einer Verlängerung der Bauzeit. In: Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag. K. Brüggemann ; P. M. Oppler ; C. Wenner (Hrsg.). München : Beck Verlag (2002), S. 417-433

**Langen/Schiffers (2005)**

Langen, W. ; Schiffers, K.-H.: Bauplanung und Bauausführung : Eine ablaufforientierte Darstellung der juristischen, baubetrieblichen und organisatorischen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der konventionellen und schlüsselfertigen Baudurchführung. Düsseldorf : Werner Verlag, 2005

**Leimböck/Klaus/Hölkermann (2002)**

Leimböck, E. ; Klaus, U. R. ; Hölkermann, O.: Baukalkulation und Projektcontrolling: Unter Berücksichtigung der KLR Bau und der VOB. 10. vollst. überarb. u. erw. Aufl. Braunschweig ; Wiesbaden : Vieweg Verlag, 2002

**Leinemann (2002)**

Leinemann, R. (Hrsg.): VOB/B – Kommentar : Kommentierung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B (Fassung 2000) mit ausgewählten Vorschriften des BGB-Werkvertragsrechts und Erläuterungen zur VOB 2002. Köln ; Berlin ; Bonn ; München : Heymanns, 2002

**Leineweber (2002)**

Leineweber, A.: Mehrkostenforderungen des Auftragnehmers bei gestörtem Bauablauf. In: Jahrbuch Baurecht 2002 – Aktuelles, Grundsätzliches, Zukünftiges. K. D. Kapellmann ; K. Vygen (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag (2002), S. 107 -141

**Leineweber/Kuhne/Kattenbusch (2005)**

Leineweber, A. ; Kuhne, V. ; Kattenbusch, M.: Neue Anforderungen an die Nachweisführung bei gestörten Bauabläufen. In: Baumarkt + Bauwirtschaft. Gütersloh : Bauverlag, (2005), Heft 11, S. 33-36

**Leitzke (2003)**

Leitzke, W.: Behinderung und Behinderungsanzeige im Licht der Rechtsprechung. In: Schriftenreihe des IBB: Sonderfragen des gestörten Bauablaufs. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2003), Heft 35, S. 99-106

**Leitzke (2004)**

Leitzke, W.: Bauzeit und Bauvertrag: Durchsetzung und Abwehr von Ansprüchen aus Bauzeitstörungen. Unterlagen zum IBR-Seminar Bauzeit und Bauvertrag. Berlin, 2004

**Leitzke (2006)**

Leitzke, W.: Haftungsbegründende/haftungsausfüllende Kausalität. In: Schriftenreihe des IBB: Bauablaufstörungen und Entschädigungsberechnung. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2006), Heft 41, S. 123-140

**Marbach (1989)**

Marbach, M.: Vergütungsansprüche aus Nachträgen: ihre Geltendmachung und Abwehr : Der Anspruch auf Vergütungsänderung gem. § 2 Nr. 5 VOB/B. In: ZfBR : Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht. Gütersloh : Bauverlag (1989), Heft 1, S. 2-9

**Marbach (2002)**

Marbach, M.: Der Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung der Kosten der Bearbeitung von Nachtragsforderungen im VOB-Bauvertrag. In: Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag. K. Brüggemann ; P. M. Oppler ; C. Wenner (Hrsg.). München : Beck Verlag (2002), S. 539-556

**Mechnig (2001)**

Mechnig, M.: Reduzierung des Streitpotentials in Nachtragsverhandlungen durch transparente Handhabung der Deckungsbeiträge von Nachträgen. 1. Aufl. In: Festschrift für Karl-Heinz Schiffrers. K. D. Kappelmann ; B. Nießen (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag (2001), S. 205-223

**Mechnig (2006)**

Mechnig, M.: Forderungen aus Bauablaufstörungen: Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Theorie in die Praxis. In: Schriftenreihe des IBB: Bauablaufstörungen und Entschädigungsberechnung. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2006), Heft 41, S. 11-22

**Meier (2005)**

Meier, F.: Die aktuelle Debatte zum "erweiterten" Anordnungsrecht des AG und mögliche Konsequenzen für die Bauvertragsparteien. Unterlagen zum Vortrag auf dem 1. Bremen-Niedersächsischen Baurechtstag am 22.04.2005. Hannover, 2005

**Mitschein (1999)**

Mitschein, A.: Die baubetriebliche Bewertung gestörter Bauabläufe aus Sicht des Auftragnehmers. In: Mitteilungen aus dem Fachgebiet Baubetrieb und Bauwirtschaft. Band 15. Univ. Diss. Aachen : Wissenschaftsverlag Mainz, 1999

**Noosten (2005)**

Noosten, D.: Die Unterdeckung Allgemeiner Geschäftskosten bei Bauablaufstörungen und Anwendung der VOB/B aus baubetriebswirtschaftlicher Sicht. In: Mitteilungen aus dem Fachgebiet Baubetrieb und Bauwirtschaft. Band 18. Univ. Diss. Aachen : Wissenschaftsverlag Mainz, 2005

**Oldigs (2003)**

Oldigs, D.: Anforderungen an den Nachweis von Produktivitätsminderungen dem Grunde nach. In: Schriftenreihe des IBB: Sonderfragen des gestörten Bauablaufs. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2003), Heft 35, S. 57-66

**Olshausen (1986)**

Olshausen, H.-G.: Planung und Steuerung als Grundlage für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch bei gestörtem Bauablauf. In: Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag. W. Pastor (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag (1986), S. 323-336

**Palandt (2006)**

Palandt, O.: Bürgerliches Gesetzbuch. Band 7. 65. Neubearb. Aufl. München : Beck Verlag, 2006

**Plum (1997)**

Plum, H.: Sachgerechter und prozessorientierter Nachweis von Behinderungen und Behinderungsfolgen beim VOB-Vertrag. In: Baurechtliche Schriften. Band 37. H. Korbion ; H. Locher (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag, 1997

**Plum (2000)**

Plum, H.: Claim-Management. In: 50 Jahre Lehrstuhl für Baumaschinen und Baubetrieb : Festschrift. J. Dornbusch (Hrsg.). Aachen : Shaker Verlag (2000), S. 119-138

**Prange (1981)**

Prange, H.: Vergütungsänderungen bei Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen nach der VOB. In: Der Betrieb (DB). Düsseldorf ; Frankfurt/Main : Handelsblatt (1981), Heft 49, S. 2477-2481

**Poppmann (2004)**

Poppmann, N.: Analyse und Differenzierung Allgemeiner Geschäftskosten zur Verbesserung der Bewertung gestörter Bauabläufe. Unveröffentlichte Diplomarbeit am Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb. Braunschweig, 2004

**Quack (1997)**

Quack, F.: Einige Probleme der Vergütungsabrechnung nach §649 Satz 2 BGB. In: Dem Baurecht ein Forum: Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag. K. Vygen ; P. Böggering (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag (1997), S. 309-316

**Reister (2004)**

Reister, D. (Hrsg.): Nachträge beim Bauvertrag. München : Werner Verlag, 2004

**Roquette/Laumann (2005)**

Roquette, A. ; Laumann, N.: Dichter Nebel bei Bauzeitclaims. In: Baurecht (BauR): Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht. Düsseldorf : Werner-Verlag (2005), Heft 12, S. 1829-1843

**Schiffers (1998)**

Schiffers, K.-H.: Ausführungsfristen – ihre Festlegung und ihre Fortschreibung bei auftraggeberseitig zu vertretenden Behinderungen. In: Jahrbuch Baurecht 1998 – Aktuelles, Grundsätzliches, Zukünftiges. K. D. Kapellmann (Hrsg.). Düsseldorf : Werner Verlag (1998), S. 275-314

**Schmidt-Gayk (2003)**

Schmidt-Gayk, A.: Bauen in Deutschland mit dem New Engineering Contract. Hannover, Universität, Diss., 2003

**Schottke (2004)**

Schottke, R.: Fortschreibung der Kosteneigenschaften. In: Baumarkt + Bauwirtschaft. Gütersloh : Bauverlag (2004), Heft 5, S. 40-46

**Schröder (2003)**

Schröder, M.: Methodik des rechnergestützten Nachweises von Ansprüchen aus gestörten Bauabläufen bei detaillierten Pauschalverträgen. Rostock, Universität, Diss., 2003

**Schubert (2000)**

Schubert, E.: Das Problem der nicht gedeckten Allgemeinen Geschäftskosten bei Bauverzögerungen. In: Streifzüge durch den Baubetrieb: Festschrift zum 60. Geburtstag von Volker Kuhne. M. Kattenbusch (Hrsg.). Aachen : Wissenschaftsverlag Mainz (2001), S. 267-275

**Staudinger/Peters (2003)**

von Staudinger, J. ; Peters, F.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 631-651 (Werkvertragsrecht). neu bearb. Aufl. Berlin : Sellier – de Gruyter, 2003

**Sturmberg/Steinbrecher (2001)**

Sturmberg, G. ; Steinbecher, M.: Der gestörte Bauablauf und seine Folgen: VOB/B-Verträge und Werkverträge nach BGB mit Gestaltungshinweisen. Köln ; Berlin ; Bonn ; München : Heymanns, 2001

**Swoboda (2003)**

Swoboda, W.: Produktivitätsminderungen bei Bauablaufstörungen. In: Schriftenreihe des IBB: Sonderfragen des gestörten Bauablaufs. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2003), Heft 35, S. 35-56

**Swoboda/Kumlehn (2006)**

Swoboda, W. ; Kumlehn, F.: Der Konfliktstoff aus der Sach- und Fachkunde des Experten. In: Der Experte im Verfahren: Erkenntnisse aus nationalen und internationalen Verfahren vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten; Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 2005. Band 24. F. Nicklisch (Hrsg.). München : Beck Verlag, (2006), S. 147-164

**The Institution of Civil Engineers**

The Institution of Civil Engineers (Hrsg.): The NEC Engineering and Construction Contract. London : Thomas Telford, 1995

**Thode (2004)**

Thode, R.: Nachträge wegen gestörten Bauablaufs im VOB/B-Vertrag : Eine kritische Bestandsaufnahme. In: ZfBR : Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht. Gütersloh : Bauverlag (2004), Heft 3, S. 214-225

**Vygen (1997)**

Vygen, K.: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB: Handbuch des privaten Baurechts vom Abschluss des Bauvertrags über die Bauausführung, Abnahme und Abrechnung mit Nachträgen bis zur Gewährleistung und Kündigung des Bauvertrags nach der VOB 1996. 3. neu bearb. u. erw. Aufl. Wiesbaden ; Berlin : Bauverlag, 1997

**Vygen (2006a)**

Vygen, K.: Bauablaufstörungen: Sachnachträge – Zeitnachträge. In: Baurecht (BauR): Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht. Düsseldorf : Werner Verlag (2006), Heft 1a, S. 166-169

**Vygen (2006b)**

Vygen, K.: Vergabegewinn und Vergabeverlust bei Nachtragsforderungen. In: Baurecht (BauR): Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht. Düsseldorf : Werner Verlag (2006), Heft 6, S. 894-897

**Vygen/Schubert/Lang (2002)**

Vygen, K. ; Schubert, E. ; Lang, A.: Bauverzögerung und Leistungsänderung: Rechtliche und baubetriebliche Probleme und ihre Lösungen. 4. neu bearb. u. erw. Aufl. Düsseldorf : Werner Verlag, 2002

**Wanninger (2003)**

Wanninger, R.: Behinderungen und Nachträge: neue Probleme in der neuen Realität. In: Schriftenreihe des IBB: Sonderfragen des gestörten Bauablaufs. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2003), S. 67-98

**Wanninger (2004)**

Wanninger, R.: Von den Kosten zum Preis und wieder zurück: die prüfbare Kalkulation als Traum. In: Schriftenreihe des IBB: Kosten- und Preisermittlung in Konfliktsituationen. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2004), S. 1-31

**Wanninger (2006)**

Wanninger, R.: Die ordnungsgemäße Kalkulation: ein unbestimmter baubetrieblicher Begriff. In: Schriftenreihe des IBB : Bauablaufstörungen und Entschädigungsberechnung. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2006), S. 23-53

**Werner/Pastor (2002)**

Werner, U. ; Pastor, W.: Der Bauprozess: prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses. 10., neu bearb. u. stark erw. Aufl. Düsseldorf : Werner Verlag, 2002

**Zanner/Keller (2004)**

Zanner, C. ; Keller, N.: Das einseitige Anordnungsrecht des Auftraggebers zu Bauzeit und Bauablauf und seine Vergütungsfolgen. In: NZBau: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht. K. D. Kapellmann (Hrsg.). Berlin : Beck Juristischer Verlag (2004), Heft 7, S. 353-408

**Zepp (2006)**

Zepp, W.: Kann die Anspruchsgrundlage gesteuert oder sogar offen gehalten werden?. In: Schriftenreihe des IBB: Bauablaufstörungen und Entschädigungsberechnung. Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.). Braunschweig (2006), S. 1-10

**Verzeichnis der verwendeten Gesetzestexte, Normen und Verwaltungsvorschriften****BGB**

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002.

**DIN 18299**

Deutsches Institut für Normung: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) – Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art. Ausgabe Dezember 2002

**VHB**

Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen. Ausgabe 2002

**VOB/A**

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil A. Ausgabe 2002.

**VOB/B**

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B. Ausgabe 2002

**ZPO**

Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005

**Verzeichnis der zitierten Urteile**

BGH, Urteil vom 27.06.1985 - VII ZR 23/84; BauR 1985, S. 561 ff.

BGH, Urteil vom 20.02.1986 - VII ZR 286/84; BauR 1986, S. 347 ff.

BGH, Urteil vom 21.12.1995 - VII ZR 198/94; BauR 1996, S. 382 ff.

BGH, Urteil vom 23.05.1996 - VII ZR 245/94; BauR 1996, S. 542 ff.

BGH, Urteil vom 14.01.1999 - VII ZR 277/97; BauR 1999, S. 642 ff.

BGH, Urteil vom 11.02.1999 - VII ZR 399/97; BauR 1999, S. 635 ff.

BGH, Urteil vom 24.06.1999 - VII ZR 342/98; BauR 1999, S. 1292 ff.

BGH, Urteil vom 21.10.1999 - VII ZR 185/98; BauR 2000, S. 722 ff.

BGH, Urteil vom 26.10.2000 - VII ZR 239/98; BauR 2001, S. 249 ff.

BGH, Urteil vom 21.12.2000 - VII ZR 467/99; BauR 2001, S. 666 ff.

BGH, Urteil vom 08.11.2001 - VII ZR 111/00; BauR 2002, S. 312 ff.

BGH, Urteil vom 21.03.2002 - VII ZR 224/00; BauR 2002, S. 1249 ff.

BGH, Urteil vom 19.12.2002 - VII ZR 440/01; BauR 2003, S. 531 ff.

BGH, Urteil vom 24.02.2005 - VII ZR 225/03; ZfBR 2005, S. 454 ff.

BGH, Urteil vom 24.02.2005 - VII ZR 141/03; BauR 2005, S. 857 ff.

BGH, Urteil vom 22.09.2005 - VII ZR 63/04; BauR 2005, S. 1916 ff.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.04.1987, U151/86; BauR 1988, S. 487 ff.

OLG München, Urteil vom 09.11.1990 - 23 U 4090/90; BauR 1992, S. 74 ff.

OLG Schleswig, Urteil vom 11.05.1995 - 7 U 214/91; BauR 1996, S. 127 ff.

OLG Hamm, Urteil vom 12.02.2004 - 17 U 56/00; BauR 2004, S. 1304 ff.







# **Lebenslauf**

## **Persönliche Daten**

Name: Axel Freiboth  
geboren am: 06.03.1975  
in: Göttingen  
Staatsangehörigkeit: deutsch  
Familienstand: verheiratet

## **Schulbildung**

1981 – 1985 Grundschole in Adelebsen  
1985 – 1994 G.-C.-Lichtenberg-Gesamtschole in Göttingen

## **Zivildienst**

1994 – 1995 Universitätsklinikum Göttingen, Unfallchirurgie

## **Studium**

1995 – 2001 Bauingenieurstudium an der Technischen Universität Braunschweig

## **Berufstätigkeit**

seit 2002 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb der Technischen Universität Braunschweig